

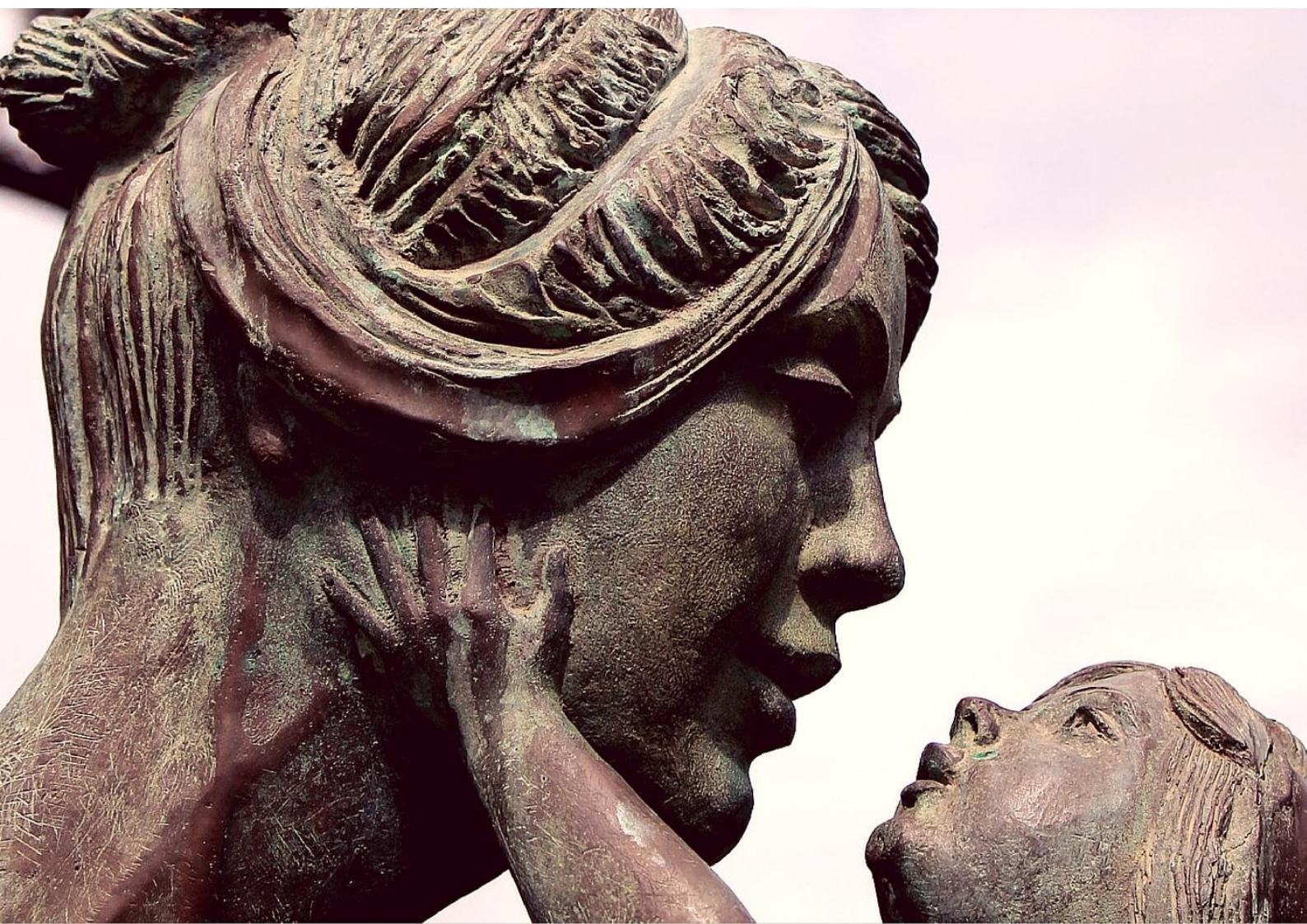


Universidad
Carlos III de Madrid
Vicerrectorado de Política Científica
Instituto de Estudios de Género

Desarrollo filosófico-jurídico del camino hacia la igualdad entre la mujer y el hombre (S. I-XVIII)

Tomo I. Un análisis de la época Prerromana a la
época Moderna

Liliana Mijancos Gurruchaga



Desarrollo filosófico-jurídico del camino hacia la igualdad entre la mujer y el hombre (S. I-XVIII)

Tomo I. Un análisis de la época Prerromana a la época Moderna

Dra. Liliana Mijancos Gurruchaga

Edición electrónica disponible en internet:

http://portal.uc3m.es/portal/page/portal/inst_estudios_genero

Edita: **Instituto de Estudios de Género, Universidad Carlos III de Madrid.**



Universidad
Carlos III de Madrid

Vicerrectorado de Política Científica
Instituto de Estudios de Género

© Liliana Mijancos Gurruchaga

© Instituto Universitario de Estudios de Género, Universidad Carlos III de Madrid. 2016

ISBN: 978-84-89315-92-1

La responsabilidad de las opiniones emitidas en este documento corresponde exclusivamente a la autora. El Instituto Universitario de Estudios de Género de la Universidad Carlos III de Madrid no se identifica necesariamente con sus opiniones.

Queda prohibida, salvo excepción prevista en la ley, cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación de esta obra sin contar con la autorización de los titulares de la propiedad intelectual. La infracción de los derechos mencionados puede ser constitutiva de delito contra la propiedad intelectual.

ÍNDICE

ÍNDICE	2
ABREVIATURAS.....	8
CAPÍTULO I- SITUACIÓN JURÍDICA DE LA MUJER DURANTE LA ÉPOCA PRERROMANA Y ROMANA: EL PASO DEL MATRIARCADO AL PATRIARCADO ROMANO. EL <i>PATERFAMILIAS</i>: DUEÑO LEGAL DEL HOGAR Y DE TODOS SUS MIEMBROS.	12
1-INTRODUCCIÓN HISTÓRICA Y FILOSÓFICA. INFLUENCIA DEL PENSAMIENTO CLÁSICO EN LAS LEYES ROMANAS.	12
2-ÉPOCA PRERROMANA: DEL MATRIARCADO DE LOS PUEBLOS PRIMITIVOS IBÉRICOS AL PATRIARCADO ROMANO.....	19
2.1-Las normas y costumbres en los pueblos primitivos.....	19
2.2- La Ley de las XII Tablas: primeras normas escritas con algunas referencias a la mujer.	21
3- SITUACIÓN JURÍDICA DE LA MUJER CASADA EN EL DERECHO ROMANO.	23
3.1- Efectos personales del matrimonio en el Derecho romano: el <i>paterfamilias</i> , dueño legal del hogar y de todos sus miembros.	24
3.1.1-La <i>patria potestas</i> y la <i>manus mariti</i>	25
3.1.2- Contenido del concepto “ <i>patria potestad</i> ” en el Derecho Romano clásico y posclásico	29
3.1.3-Evolución del concepto: del <i>ius</i> al <i>officium</i>	30
3.1.4-La dignidad de la mujer. La <i>Lex Iulia de Adulteriis</i> y la <i>Lex Papia Poppaea</i>	31
3.2- Efectos patrimoniales del matrimonio en el Derecho romano: El <i>Ius uxorium</i>	34
3.2.1- Los bienes dotales, propiedad del <i>paterfamilias</i>	34
3.2.2- Los bienes parafernales o extradotales, propiedad de la mujer	37
CAPÍTULO II- SITUACIÓN JURÍDICA DE LA MUJER EN EL PERÍODO VISIGÓTICO Y MUSULMÁN	40
1-INTRODUCCIÓN HISTÓRICA.....	40
2-NOVEDADES QUE APORTA EL FUERO JUZGO QUE PUDIERON INFLUIR EN EL AVANCE DE LA SITUACIÓN JURÍDICA DE LA MUJER	42
3- SITUACIÓN JURÍDICA DE LA MUJER CASADA EN EL FUERO JUZGO	43
3.1- Efectos personales del matrimonio en el Fuero Juzgo	43
3.1.1-La regulación de la <i>patria potestad</i> en el Fuero Juzgo	43
3.1.2- El adulterio	44
3.1.3- Derecho penal	46

3.2- Efectos patrimoniales <i>inter vivos</i> del matrimonio: la capacidad de obrar de la mujer casada en el Fuero Juzgo	46
3.2.1- <i>Las arras</i>	47
3.2.2- <i>La posibilidad de ir a pleito y de ser testigos</i>	47
3.3-Efectos patrimoniales <i>mortis causa</i> del matrimonio en el Fuero Juzgo: Los derechos sucesorios	47
3.3.1- <i>La herencia y derechos sucesorios</i>	47
3.3.2- <i>El poder fáctico de la reina</i>	49
3.2.3- <i>El año de viudedad</i>	50
4-SITUACIÓN JURÍDICA DE LA MUJER EN LOS FUEROS MEDIEVALES	51
4.1- Consecuencias jurídicas personales del matrimonio para la mujer medieval en los Fueros	53
4.1.1- <i>La patria potestad: de la patria potestad del padre a la patria potestad del marido</i>	53
4.1.2- <i>La honra de la mujer medieval</i>	55
4.1.3- <i>El derecho de Pernada o Ius primae noctis</i>	59
4.2- Consecuencias patrimoniales <i>intervivos</i> del matrimonio en los Fueros.....	63
4.3- Consecuencias patrimoniales <i>mortis causa</i> del matrimonio en los Fueros.....	65
CAPÍTULO III- LAS PARTIDAS DE ALFONSO X EL SABIO: APARICIÓN DE ALGUNOS DERECHOS EN UN PRIMER AVANCE HACIA EL PRINCIPIO DE IGUALDAD. DESAPARICIÓN DE LA TUTELA MULIERIS Y DE LA MANUS MARITI	69
1-INTRODUCCIÓN HISTÓRICA Y FILOSÓFICA. INFLUENCIA DE LA FILOSOFÍA ESCOLÁSTICA EN EL PENSAMIENTO DE LA ÉPOCA Y EN LA REDACCIÓN DE LAS PARTIDAS.....	69
2- NOVEDADES QUE APORTAN LAS PARTIDAS EN EL AVANCE DE LA SITUACIÓN JURÍDICA DE LA MUJER	72
2.1- La incorporación de la Teoría del Consentimiento	72
2.2- El pretendido lenguaje igualitario	74
3- LA REGULACIÓN DE LA SITUACIÓN JURÍDICA DE LA MUJER CASADA EN LAS PARTIDAS	75
3.1- Efectos personales del matrimonio en las Partidas	75
3.1.1- <i>La regulación de la patria potestad en las Partidas</i>	75
3.1.2- <i>Desposorio y matrimonio en las partidas</i>	78
3.2- Efectos patrimoniales <i>inter vivos</i> del matrimonio en las Partidas: la capacidad de obrar en los negocios jurídicos de la mujer casada en las Partidas.....	80
3.2.1- <i>Contratos de compraventa</i>	80
3.2.2- <i>Donación</i>	81

3.2.3- Capacidad para ser fiadoras	85
3.2.4- Capacidad para otorgar testamento	85
3.2.5- La capacidad para heredar el Feudo	86
3.3- Efectos patrimoniales <i>mortis causa</i> del matrimonio en las Partidas: los derechos viduales	86
3.4- La figura de la Reina en las Partidas	87
3.5- Un caso particular: La Abadesa	88
CAPÍTULO IV- LAS LEYES DE TORO: UN SEGUNDO AVANCE HACIA EL PRINCIPIO DE IGUALDAD. LA POSIBILIDAD DE LICENCIA GENERAL Y PATRIA POTESTAD SUBSIDIARIA DE LA MADRE	90
1-INTRODUCCIÓN HISTÓRICA.....	90
2- NOVEDADES QUE APORTAN LAS LEYES DE TORO EN EL AVANCE DE LA SITUACIÓN JURÍDICA DE LA MUJER	93
2.2- Capacidad de obrar	94
2.3- El adulterio.....	95
2.4- La mujer viuda gozará de mayor libertad	95
2.5- Se establecen dos leyes igualitarias tras la disolución del matrimonio.....	95
2.6- Los bienes gananciales.....	96
2.7- Las Leyes de Toro constituyen un punto de inflexión, un primer cambio de mentalidad en el legislador	96
3-LA REGULACIÓN DE LA SITUACIÓN JURÍDICA DE LA MUJER CASADA EN LAS LEYES DE TORO	98
3.1- Efectos personales del matrimonio en las leyes de Toro	98
3.1.1- <i>El efecto más importante que produce el matrimonio es la salida de la patria potestad y por tanto la emancipación</i>	<i>99</i>
3.1.2- <i>El adulterio, delito femenino, en principio. El adulterio presunto</i>	<i>101</i>
3.2- Efectos patrimoniales <i>inter vivos</i> del matrimonio en las Leyes de Toro: la capacidad de obrar en los negocios jurídicos de la mujer casada	105
3.2.1- <i>Adquisición del dominio y posesión de la mitad de los bienes gananciales por la mujer castellana</i>	<i>106</i>
3.2.2- <i>El beso esponsalicio y la cópula como puntos de referencia jurídica</i>	<i>107</i>
3.2.3- <i>La capacidad de obrar de la mujer: imposición de la licencia marital.....</i>	<i>112</i>
3.2.4- <i>La posibilidad de ser fiadora de su marido</i>	<i>117</i>
3.2.5- <i>El privilegio de no poder ser apresada o detenida por ninguna deuda que no proceda de delito.....</i>	<i>119</i>
3.3- Efectos patrimoniales <i>mortis causa</i> del matrimonio en las Leyes de Toro.....	122
3.3.1- <i>La ley LI vino a recoger una novedad con respecto a las arras tras la muerte de la mujer</i>	<i>122</i>

3.3.2- <i>La libre disposición de los bienes gananciales y la obligación de reservación de bienes obtenidos por donaciones propter nupcias para ambos: una auténtica declaración de igualdad</i>	124
3.3.3- Las donaciones <i>inter virum et uxorem, causa mortis</i>	127
3.3.4- <i>La Ley LII sobre las donaciones propter nupcias y la muerte de uno de los esposos</i>	127
CAPÍTULO V- SITUACIÓN JURÍDICA DE LA MUJER CASADA DURANTE LA ÉPOCA MODERNA: EL MOVIMIENTO COMPILADOR	128
1-INTRODUCCIÓN HISTÓRICA. PROLIFERACIÓN DEL DERECHO ESCRITO, DESORDENADO Y PROLIJO QUE RESULTA NECESARIO COMPILAR	128
2-NOVEDADES QUE APORTA LA NOVÍSIMA RECOMPILACIÓN	132
3-REGULACIÓN DE LA SITUACIÓN JURÍDICA DE LA MUJER CASADA EN LA NOVÍSIMA RECOMPILACIÓN	135
3.1-Los efectos personales del matrimonio en la novísima recopilación.....	135
3.1.1- <i>La patria potestad pasa a ser ejercida por el padre</i>	135
3.1.2- <i>El adulterio masculino</i>	137
3.1.3- <i>La supresión del tempus lugendi</i>	138
3.2-Efectos patrimoniales <i>inter vivos</i> del matrimonio en la Novísima Recopilación	138
3.3- Efectos patrimoniales <i>mortis causa</i> del matrimonio en la Novísima Recopilación.....	140
BIBLIOGRAFÍA	144

ABREVIATURAS

AHDE	Anuario Histórico de Derecho Español
AEPNYA	Asociación Española de Psiquiatría del Niño Y del Adolescente
AHPS	Archivo Histórico Provincial de Segovia
AP	Audiencia Provincial
AMIT	Asociación de Mujeres
ANME	Asociación Nacional de Mujeres Españolas
Art.	Artículo
Arts.	Artículos
ATC	Auto del Tribunal Constitucional
ATS	Auto del Tribunal Supremo
BOE	Boletín Oficial del Estado
BOIB	Boletín Oficial de las Illes Balears
CAIB	Comunidad Autónoma de las Islas Baleares
CCAA	Comunidades Autónomas-
Cc	Código Civil
CCCat	Código Civil Catalán
Ccom	Código de Comercio
CE	Constitución Española
CEE	Comunidad Económica Europea
CEDH	Convención Europea de Derechos Humanos
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
CIEMAT	Centro de Investigaciones Energéticas, Medioambientales y Tecnológicas
CIS	Centro de Investigaciones Sociológicas

CISG	United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods
CNMV	Comisión Nacional del Mercado de Valores
CSIC	Consejo Superior de Investigaciones Científicas
DCFR	Draft Common Frame of Reference
Edit.	Editorial
EMUMES	Equipos Especializados de Mujer y Menor
ET	Estatuto de los Trabajadores
FRA	Agency for Fundamental Rights
FJ	Fundamento Jurídico
I	Imprenta
INE	Instituto Nacional de Estadística
IRPF	Impuesto sobre la renta de las Personas Físicas
ISSP	International Social Survey Programme
LECv	Ley de Enjuiciamiento Civil
LGSS	Ley General de la Seguridad Social
LI	Ley de Igualdad
LM	Ley de Mediación en asuntos civiles y mercantiles
LMPIVG	Ley de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género
LOMCE	Ley Orgánica de Mejora de la Calidad Educativa
LPL	Ley de Procedimiento Laboral
LSA	Ley de Sociedades Anónimas
MF	Ministerio Fiscal
MMME	Movimiento Mundial de Madres de Europa
Núm.	Número
OIT	Organización Internacional del Trabajo
OMS	Organización Mundial de la Salud

Pág.	Página
PE	Parlamento Europeo
PECL	Principios de Derecho contractual europeo
RAE	Real Academia de la Lengua Española
Rec	Recomendación
RD	Real Decreto
RDL	Real Decreto Legislativo
Rec.	Recurso
REIS	Revista Española de Investigaciones Sociológicas
RRC	Reglamento del Registro Civil
RSC	Responsabilidad Social Corporativa
SAF	Servicio de Atención a la Familia
SAM	Servicio de Atención a la Mujer
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
Ss	Siguientes
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STJUE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
STSJ	Unión Europea
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
UNED	Universidad Nacional de Educación a Distancia
UNICEF	Fondo de Naciones Unidas para la Infancia

INFLUENCIA DE LA FILOSOFÍA Y EL DERECHO EN LA SITUACIÓN JURÍDICA DE LA MUJER CASADA (S.I-XVIII)

CAPÍTULO I- SITUACIÓN JURÍDICA DE LA MUJER DURANTE LA ÉPOCA PRERROMANA Y ROMANA: EL PASO DEL MATRIARCADO AL PATRIARCADO ROMANO. EL *PATERFAMILIAS*: DUEÑO LEGAL DEL HOGAR Y DE TODOS SUS MIEMBROS.

1-INTRODUCCIÓN HISTÓRICA Y FILOSÓFICA. INFLUENCIA DEL PENSAMIENTO CLÁSICO EN LAS LEYES ROMANAS.

Hay que precisar que cuando hablemos de "Derecho romano", se abarca un lapso de tiempo que aproximadamente va desde el s. VI a. C. al s. VI d.C. En estos doce siglos, se produjeron paulatinos e importantes cambios en la situación jurídica de la mujer.

La cultura romana estaba fuertemente influenciada por la cultura griega, más antigua y con grandes pensadores como Sócrates, Platón y Aristóteles.

Las mujeres griegas y romanas jamás poseyeron capacidad política, no eran miembros de la *polis* o de la *civitas* en sentido pleno. Asimismo, su capacidad de obrar estuvo en mayor o menor medida mediatizada por el poder del hombre, sometidas de por vida - con matices- a la tutela de un varón.

La situación jurídica de la mujer en la Grecia antigua era de absoluta inexistencia. Las mujeres tenían un estatus social parecido a los esclavos, lo cual suponía que no tenían derechos políticos ni jurídicos. Su vida transcurría en el gineceo, las habitaciones de la casa reservadas a las mujeres, de las cuales apenas salían si no era para una fiesta religiosa o para recibir clases de canto y baile. En cualquier situación debían mantenerse lejos de cualquier mirada masculina, incluida la de familiares.

La principal fuente de información de las mujeres en esta época es homérica¹: la *Iliada* y sobre todo la *Odisea*, en los que nos describen numerosas escenas de la vida

¹ HOMERO, *La Iliada y la Odisea*, Dirección por Jorge Hernández Aliques, Odisea, Rapsodia XI, Espasa Calpe, Madrid, 1997, págs. 525 y ss. El texto define a Tiro, por su linaje, hija del insigne Salmoneo y

cotidiana, donde las mujeres están en la parte delantera de la escena. El carácter histórico de estas descripciones es muy dudoso, sin embargo, parece probable que el o los poetas autores de estas dos epopeyas hayan sacado su inspiración, en estos pasajes, de la vida cotidiana de su época, en el siglo VIII a. C. La mujer tenía que ser hermosa y preocuparse por su imagen, debía ser sumisa y obediente, aunque el héroe homérico no termina de fiarse de la mujer. La redacción de la Odisea contiene constantes alusiones a la belleza de la mujer como único atributo personal. El otro mérito posible es el linaje familiar. Pero claramente viene a declarar la perfidia de las mujeres y, por tanto, recomienda: “jamás seas benévolo con tu mujer ni le descubras todo lo que pienses; antes bien, participale unas cosas y ocúltale otras”².

En tanto que la mujer griega tenía como principal función reproducir biológicamente³ ciudadanos, los hombres eran los encargados de educar a los jóvenes; en Roma, el papel de la mujer en la familia y en la sociedad era culturalmente valorado y reconocido: educa a los hijos en los primeros años y le transmite los valores cívicos. La mujer romana no está, como la griega, encerrada en el gineceo, sino que participa plenamente junto con su marido en la vida social de la casa; entra y sale libremente, aparece con su marido en las recepciones y banquetes, comparte con él la autoridad sobre los hijos y sirvientes, aconseja a su marido, asiste a los espectáculos públicos y a las fiestas propias de las mujeres casadas. Los autores griegos entendían que la mujer no se rige por la razón sino por las pasiones⁴.

SÓCRATES⁵ atribuye la inferioridad femenina a su propia naturaleza y a la falta de educación, siendo deber del marido proporcionársela. En un pasaje del *Teetetes* de Platón⁶, dice Sócrates que practica un arte planteando la mayéutica (método filosófico

esposa de Creteo Eólida. A Antílope, se refiere como hija de Hisopo, que se gloriaba de haber dormido en brazos de Zeus. De Alcmena dice que es esposa de Anfitrión. De Epicaste nos dice que es la madre de Edipo y que es muy bella. Igualmente, de Cloris afirma que es bellísima, y que por su hermosura la tomó Neleo por esposa, pág. 527.

² HOMERO, *Ibidem*, pág. 531. Respuesta de Agamenón a Odiseo.

³ HOMERO, *Ibidem*, pág. 527. Comenta Poseidón: “Huélgate mujer con este amor. En el transcurso del año parirás hijos ilustres... Cuídalos y créalos. Ahora vuelve a tu casa...”

⁴ En opinión de TELLO LÁZARO, Juan Carlos. “Sobre la situación de la mujer en la antigüedad clásica”, *Revista de Aula de Letras, Humanidades y Enseñanza*, págs. 2 y ss. www.auladeletras.net/revista/articulos/tello.pdf.

⁵ Ex JENOFONTE Simposio 2. 8-9 y Económico 3. 1. Citado por TELLO LÁZARO, Juan Carlos, *ibidem*, pág. 3.

⁶ PLATÓN, “Diálogos”, *Teetetes, Obras completas de Platón*, Traducida en español por Patricio de Azcárate, tomo 3, Madrid 1871-1872. <http://www.filosofia.org>. Facsímil del original impreso en formato PDF. Pág. 171. Platón parece presentar a Teetetes, cuyo nombre lleva el diálogo, como modelo completo de aquellos jóvenes, flor y esperanza de Atenas, que, dotados de una inteligente vivacidad,

de investigación y enseñanza propuesto por Sócrates), con las mismas características generales que el arte de las comadronas. Pero difiere de él en que hace parir a los hombres y no a las mujeres, y en que vigila las almas, y no los cuerpos, en su trabajo de parto. Más adelante, cuando presenta la personalidad de *Teetetes*, pregunta de quién es hijo, a lo que solo contesta con la identidad del padre, pues la de la madre, no resultaba interesante⁷. Con este relato, deja claro que el acceso a la formación intelectual era exclusivamente masculino.

PLATÓN⁸ propone un sistema que rompe con todos los moldes preestablecidos en aquella época. En su afán de búsqueda de la construcción de la sociedad perfecta y

ansiosos de saber, que se adhirieron desde muy temprano a la persona de Sócrates, y que formaban en las plazas públicas, en las palestras y en los pórticos su más atento y distinguido cortejo. Dice Sócrates a Teetetes: “El oficio de parir, tal como yo le desempeño, se parece en todo lo demás al de las matronas, pero difiere en que yo le ejerzo sobre los hombres y no sobre las mujeres, y en que asisten al alumbramiento, no los cuerpos, sino las almas.”

⁷ PLATÓN, *Ibidem*, pág. 159. A la pregunta de Sócrates: “Verdaderamente me das una buena noticia. ¿Pero de quién es hijo?” Teodoro contesta: “Muchas veces he oído nombrar a su padre, mas no puedo recordarle”.

⁸ PLATÓN, *La República o de lo justo*, Libro V, págs. 242 y ss. Obras completas de Platón. Traducida en español por Patricio de Azcárate, tomo 3, Madrid 1871-1872. <http://www.filosofia.org>. Facsímil del original impreso en formato PDF. “¿Creemos que las perras deben vigilar como los perros guardando los rebaños, ir á la caza con ellos, y hacerlo todo en común, ó bien que deben permanecer en casa, como si, ocupadas en parir y alimentar perrillos, fuesen incapaces de otra cosa, mientras que el trabajo y cuidado de los rebaños han de pesar exclusivamente sobre los perros? Nosotros queremos que todo sea común; sólo que al reclamarse estos ó los otros servicios, deben tomarse en cuenta la debilidad de las hembras y la fuerza de los machos. ¿Se puede exigir de un animal los servicios que pueden obtenerse de otro, cuando no ha sido alimentado y enseñado de la misma manera? No. Por consiguiente, si pedimos á las mujeres los mismos servicios que á los hombres, es preciso darles la misma educación.

Sin duda. ¿No hemos educado á los hombres en el ejercicio de la música y la gimnasia? Si. (...) Será preciso por lo tanto hacer que las mujeres se consagren al estudio de estas dos artes, formarlas para la guerra, y tratarlas en todo como los hombres. Es un resultado de lo que dijiste. Pero si se pusiera en práctica, parecería quizá una cosa ridícula, porque es opuesta á la costumbre. Muy ridícula ciertamente. Pero en todo esto, ¿que te parece más ridículo? Será sin duda el ver á las mujeres desnudas ejercitarse en la gimnasia con los hombres, y no hablo sólo de las jóvenes, sino de las viejas, á ejemplo de aquellos ancianos que se complacen en estos ejercicios á pesar de lo arrugados y desagradables que se presentan á la vista. Es cierto que en nuestras costumbres eso sería el colmo del ridículo.

(...) Examinar si las mujeres son capaces de los mismos ejercicios que los hombres, ó si no son acomodadas para ninguno, ó en fin, si son capaces de unos ejercicios é incapaces de otros? (...) Y es posible dejar de reconocer que entre la naturaleza de la mujer y la del hombre hay una inmensa diferencia? Es preciso, por lo tanto, destinarlos á oficios diferentes según su naturaleza? sin duda. Por consiguiente, es un absurdo y una contradicción de vuestra parte decir que es necesario destinar á los mismos empleos y oficios á los hombres y á las mujeres á pesar de la gran diferencia que hay entre sus naturalezas.» Mi querido Glaucon, ¿qué puedes responder á esto? Pero si entre ellos no hay otra diferencia que la de que el varón engendra y la mujer pare, no por esto consideraremos como cosa demostrada que la mujer difiere del hombre en el punto de que aquí se trata; y nos sostendremos en la creencia de que no debe hacerse ninguna distinción respecto á los oficios entre nuestros guerreros y sus mujeres. Tendremos razón para ello (...) Entre las diferentes artes á que los dos sexos se consagran á la par, ¿hay una sola en la que los hombres no tengan una superioridad señalada sobre las mujeres? ¿Habrá necesidad de que nos detengamos en algunas excepciones, como el trabajo en lana, la preparación de tortas y de las viandas, trabajos en que las mujeres llevan ventaja á los hombres y en que la inferioridad sería para ellas una vergüenza? Tienes razón en decir que en general las mujeres son muy inferiores á

observando algunas carencias en la del momento, se plantea que, si pedimos a las mujeres los mismos servicios que a los hombres, es preciso darles la misma educación. Si se educa a los hombres en el ejercicio de la música y la gimnasia, sería preciso por lo tanto hacer que las mujeres se consagren al estudio de estas dos artes, formarlas para la guerra y tratarlas en todo como los hombres. Esta propuesta que hoy parece lógica en el diálogo, la contemplan como una realidad ridícula, totalmente contraria a sus costumbres.

Parten de la base de que cada uno debía limitarse al oficio que más se conformase con su naturaleza, por tanto, es un absurdo y una contradicción decir que es necesario destinar a los mismos empleos y oficios a los hombres y a las mujeres a pesar de la gran diferencia que hay entre sus naturalezas. Concluyen que en general las mujeres son muy inferiores a los hombres en todo, admitiendo que hay casos excepcionales en que algunas mujeres tengan superioridad en muchos puntos y sobre muchos hombres. Llegan a admitir la posibilidad de que, habiendo dotado la naturaleza de las mismas facultades a los dos sexos, todos los oficios pertenecen en común a ambos, sólo que en todos ellos la mujer es inferior al hombre. Entendemos que Platón no plantea la igualdad de sexos como algo real, sino que por el contrario muestra lo absurdo de una hipotética justicia imposible y ridícula.

Probablemente, intentó afirmar lo contrario de lo que dijo, tal como afirma MÉNDEZ AGUIRRE⁹, desmitificando lo aberrante que llegaba a ser en aquella época el principio de igualdad. Platón afirma que una sociedad perfecta debería distribuir las actividades y los privilegios entre sus ciudadanos en función de las capacidades y méritos personales sin consideración del sexo o el grupo social de origen. Y ello lo determina en congruencia con sus ideas acerca de la justicia incluso en contra de algunos de los prejuicios más arraigados entre sus contemporáneos y, quizá, en él mismo.

ARISTÓTELES¹⁰ concibe al hombre como un ser superior a la mujer. Admite que, en la constitución republicana, todos los miembros deben ser naturalmente iguales y

nosotros en todo. No es porque muchas no tengan superioridad en muchos puntos y sobre muchos hombres, pero hablando en general lo que dices es exacto.”

⁹ MÉNDEZ AGUIRRE, Víctor Hugo, “Axiotea en Calípolis”, *Las mujeres en la República de Platón*, Simposio platónico internacional, Chile, 2004, pág. 110.

¹⁰ ARISTÓTELES, “La política”, Volumen 3, Libro I, Capítulo V, Del poder doméstico, *Obras completas de Aristóteles*, Traducida al español por Patricio de Azcárate, Madrid, 1873. <http://www.filosofia.org>. Facsimil del original impreso en formato PDF. “¿La mujer debe ser prudente, animosa y justa como un hombre? ¿El hijo puede ser modesto y dominar sus pasiones? Y en general, el ser formado por la naturaleza para mandar y el destinado a obedecer, ¿deben poseer las mismas virtudes o

semejantes en todo, lo cual no impide que se intente distinguir la posición diferente del jefe y del subordinado. “El hombre, salvo algunas excepciones contrarias a la naturaleza, es el llamado a mandar mejor que la mujer. Ello se debe a que es superior por sus facultades naturales: el saber del hombre no es el de la mujer, que el valor y la equidad no son los mismos en ambos, como lo pensaba Sócrates, y que la fuerza del uno estriba en el mando y la de la otra en la sumisión...Un modesto silencio hace honor a la mujer.”

En la cultura espartana, la mujer gozaba de una posición privilegiada. Los niños desde muy pequeños eran dedicados al arte de la guerra, por lo que la casa y el patrimonio en general quedaba en manos de la mujer. Ello dio lugar a que, tal como describe Aristóteles, las mujeres llegaran a ser propietarias de grandes extensiones de terreno (dos quintas partes), lo que dio lugar a duras críticas por este autor, a pesar de que las mujeres constituían aproximadamente más de la mitad de la población, pues el índice de mortalidad era más bajo que el de los hombres. Entiende Aristóteles que la mujer es un ser inferior e inútil, en cuyas manos no debe estar el patrimonio familiar. Desde su punto de vista, “...en Esparta el legislador, al exigir de todos los miembros de su república templanza y firmeza, lo ha conseguido gloriosamente respecto a los hombres, pero se ha malogrado por completo su intento respecto a las mujeres, que pasan la vida entregadas a todos los desarreglos y excesos del lujo. Los lacedemonios no han podido evitar esta condición general, y en tanto que su poder ha durado, sus mujeres han decidido muchos negocios. ¿Y qué más da que las mujeres gobiernen en persona, o que los que gobiernan lo hagan arrastrados por ellas? El resultado siempre es el mismo. Inútiles como siempre, causaron ellas más desórdenes en la ciudad que los enemigos mismos”.¹¹

virtudes diferentes? Si ambos tienen un mérito absolutamente igual, ¿de dónde nace que eternamente deben el uno mandar y el otro obedecer? No se trata aquí de una diferencia entre el más y el menos; autoridad y obediencia difieren específicamente, y entre el más y el menos no existe diferencia alguna de este género (...) El esclavo está absolutamente privado de voluntad; la mujer la tiene, pero subordinada; el niño sólo la tiene incompleta. Reconozcamos pues, que todos los individuos de que acabamos de hablar, tienen su parte de virtud moral, pero que el saber del hombre no es el de la mujer, que el valor y la equidad no son los mismos en ambos, como lo pensaba Sócrates, y que la fuerza del uno estriba en el mando y la de la otra en la sumisión, págs. 38 a 42.

¹¹ ARISTÓTELES, *ibidem*, “Examen de la Constitución de Lacedemonia”, Libro II, Capítulo VI. En cuanto a las Leyes de Lacedemonia: “El relajamiento de las leyes de Lacedemonia respecto a las mujeres es a la vez contrario al espíritu de la constitución y al buen orden del Estado. El hombre y la mujer, elementos ambos de la familia, forman igualmente, si puede decirse así, las dos partes del Estado; Sobre la educación de las mujeres: “En cuanto a las mujeres, Licurgo, después de haber intentado, según se dice, someterlas a las leyes, se vio obligado a ceder ante su resistencia y abandonar los proyectos que tenía. Y así cualquiera que haya sido su influencia más tarde, a ellas es a las que es preciso atribuir únicamente este vacío de la constitución. el desarreglo de las mujeres además de ser una mancha para el Estado,

El pensamiento griego era claramente contrario a un principio de igualdad entre el hombre y la mujer. La influencia de la cultura griega en Roma se produjo a todos los niveles¹². Tal como nos demuestran los escritos de TITO LIVIO¹³, los romanos mandaban comisionados a Atenas para que trajeran las leyes vigentes (especialmente las Leyes de Solon) y extraer de ellas lo que conviniera para Roma. Si bien es cierto que los hechos narrados por Tito Livio no se deben interpretar quizás como históricos, la influencia griega no solo se basa en ese dato. Algunos historiadores del Derecho¹⁴ reconocen que las colonias fenicias y griegas debieron regirse por un sistema análogo a las metrópolis fundadoras. Las colonias griegas (*cleruquías*) tenían un carácter político y comercial. Las colonias mantenían estrechas relaciones con sus metrópolis de origen previstas normalmente de antemano en un documento o carta (*apoikia*) que establecía cierta situación de igualdad. Grecia tenía colonias por todo el Mediterráneo incluida Italia. De ahí la importancia y la influencia que tuvieron Sócrates, Platón, Aristóteles, y un sinnúmero de autores griegos en el pensamiento romano. El mismo Aristóteles comenta el régimen de gobierno cartaginés¹⁵. Desde el punto de vista jurídico, LALINDE¹⁶ afirma que la jurisprudencia romana adquirió carácter científico mediante la utilización del método dialéctico por influjo de la filosofía griega. Grecia ha trazado, en este sentido, la ruta de la filosofía europea.

arrastra a los ciudadanos al amor desordenado de las riquezas. Además, las mujeres poseen las dos quintas partes de las tierras, porque muchas de ellas son herederas únicas o se han constituido en su favor crecidas dotes. Hubiera sido preferible abolir enteramente el uso de las dotes, o haberlas fijado a una tasa muy baja y lo más módica posible. En Esparta, por el contrario, uno puede casar a su única heredera con quien quiera, y si el padre muere sin haber dispuesto nada, el tutor puede a su elección casar a la pupila...La institución del senado está también muy lejos de ser perfecta. Compuesto de hombres de edad madura.”

¹² En opinión de BUIS, Emiliano J, “¿Una influencia griega en el derecho romano antiguo? Proyecciones intertextuales de una ley *soloniana* (Plu. Sol. 23.7-8) en la *actio finium regundorum* (D. 10.1.13).1”, XIV Congreso Latinoamericano de Derecho Romano, 5, 16 y 17 sept. Buenos Aires. 2004.

¹³ LIVIO, Tito, *Historia de Roma*, Traductor: Rev. Canon Roberts, Libro 3, Vol.1, JM Dent & Sons, Ltd. Londres, 1905. Pto. (3.32): “...al año siguiente -453 a.C.- cuando fueron cónsules Publio Curiacio y Sexto Quintilio, fue aún más tranquilo a causa del persistente silencio de los tribunos. Esto se debió a dos causas: en primer lugar, que esperaban el regreso de los comisionados que habían ido a Atenas y las leyes extranjeras que iban a traer...”

¹⁴ Entre otros, ESCUDERO, José Antonio, *Curso de Historia del Derecho, fuentes e instituciones político administrativas*, 3ª Edición, UNED, Madrid, 2003, pág. 102 y ss.

¹⁵ ARISTÓTELES, *Ibidem*, Examen de la Constitución de Lacedemonia, Libro II, Capítulo VI, En cuanto a las Leyes de Cartago.

¹⁶ LALINDE ABADÍA, Jesús, *Iniciación Histórica al Derecho Español*, 3ª Edición, Ariel, Barcelona, 1983, pág. 35.

En la evolución del Derecho bajo el Imperio Romano, se produjo un paso importante en el reconocimiento de la mujer como individuo activo de la sociedad, sujeto tanto de deberes como de derechos. Pero la romana mujer se encuentra permanentemente tutelada. Podemos distinguir dos etapas que marcan la historia tutelar de la mujer en Roma: la primera, la *tutela mulieris* originaria en la que existe todo un régimen de limitación de la capacidad de la mujer que impone la actuación del tutor en los actos más importantes de disposición para la custodia y conservación del patrimonio familiar; y la segunda, el régimen clásico de la tutela, mera supervivencia formal que sigue manteniéndose cuando el primitivo régimen familiar desaparece y cuando los tiempos claman una mayor libertad respecto a la actuación de la mujer.

A medida que la antigua comunidad familiar se disgregaba, el régimen de la *tutela mulieris* pierde su razón de ser y a través de sucesivas modificaciones, que intentan adaptarla a las condiciones sociales del momento y acaba siendo un relicto histórico que, reducido a una mera limitación formal, termina siendo abandonado¹⁷.

En opinión de FERNÁNDEZ DE BUJÁN¹⁸, no es la biología, ni la moral, ni la capacidad intelectual, lo que ha determinado las limitaciones que han padecido las mujeres en la sociedad romana, sino que ello obedece a razones culturales o sociales, que en el mundo romano se derivan de la concepción patriarcalista de la familia, que progresivamente atenuada en el propio Derecho Romano, ha subsistido prácticamente hasta casi nuestros días, así como a otras variadas pseudorazones, alguna de las cuales obedece a las coordenadas mentales de la época, como la necesidad de protección de la mujer y otras, como la fragilidad somática o su volubilidad de juicio.

Un caso llamativo resulta la inclusión del sexo femenino en la categoría de la presunta *ignorantia iuris* cuando se trataba de *delicta iuris civilis*. Para ciertos delitos como el *incestus iure civil*, el testamento falso o el crimen *falsi*, la mujer se encontraba amparada por la presunción de la ignorancia del Derecho¹⁹.

No nos cabe duda la enorme influencia que ejercieron los pensadores clásicos griegos en la legislación romana, a la que transmitieron la idea de la *fragilitas sexus, infermitas*

¹⁷ GARCÍA GARRIDO, Manuel Jesús, *Derecho Privado Romano*, *ibidem*, págs. 373 y 374. *El patrimonio de la mujer casada...Ibidem*, pág. 115.

¹⁸ FERNÁNDEZ DE BUJÁN Y FERNÁNDEZ, Antonio, *La Jurisdicción voluntaria*, Civitas, Madrid, 2001, pág. 200. A lo que añade: "Las amplias facultades del tutor de administración y gestión de los bienes del pupilo, fueron objeto de una progresiva limitación en el curso de la evolución histórica."

¹⁹ PESSINA, Enrique, *Elementos del Derecho Penal*, Reus, 1936, pág. 217. Citado por GRAZIOSI, Marina, "En los orígenes del machismo jurídico. La idea de inferioridad de la mujer en la obra de Farinaccio", En *In Memoriam Alexandri Baratta*, Universidad Salamanca, 2004, pág. 1079.

sexus y en general una cultura social basada en la fuerza, donde la educación solo se proporcionaba a los hombres y en la que la mujer tiene como única misión la procreación.

Podemos afirmar que en la lenta evolución del Derecho romano, desde el Derecho antiguo y quiritorio, período que comprende desde el año 713 a.C. al 130 a.C., pasando por la etapa clásica, se van produciendo lentos cambios hasta llegar al período final del Derecho justiniano, que comprende sus últimos años del 527 al 565 d. C., fueron favorables a la mujer por cuanto se produjeron importantes influencias de otros ordenamientos y costumbres, principalmente las concepciones cristianas, que fueron dulcificando el rigorismo de las primeras leyes. La mujer bajo el dominio del imperio romano, fue adquiriendo progresivamente una posición en la sociedad, un derecho a educar a sus hijos, una cierta capacidad para administrar parte de sus bienes, así como ser tenida en cuenta a la hora de prestar su consentimiento en cuanto a la disposición de sus bienes dotal o de contraer matrimonio.

2- ÉPOCA PRERROMANA: DEL MATRIARCADO DE LOS PUEBLOS PRIMITIVOS IBÉRICOS AL PATRIARCADO ROMANO

2.1- Las normas y costumbres en los pueblos primitivos

La carencia de noticias directas sobre el mundo jurídico de los pueblos primitivos²⁰, no ha impedido que los expertos hayan supuesto la existencia de normas elementales de derecho consuetudinario, acordes a la forma de organizarse un grupo social. Los aspectos regulados preferentemente en las normas indígenas han sido la organización política y la familiar²¹.

En el Paleolítico, la labor cazadora del hombre hubo de requerir unas mínimas reglas organizativas de acatamiento al jefe y de ordenación de funciones; por exigencia física propia de la caza, atribuirían probablemente a los hombres un papel principal sin perjuicio de la participación femenina en el quehacer complementario y la recolección de frutos.

²⁰ ESCUDERO, José Antonio, *ibidem*, pág. 93.

²¹ LALINDE ABADÍA, Jesús, *ibidem*, pág. 29.

De las culturas Neolíticas, ya agrícolas, constan los primeros testimonios²² sobre la existencia de un régimen matriarcal. Existía un régimen matrilineal, ya que no se trata solo de la preponderancia de la mujer, sino que la constitución de la familia tenía una estructura femenina en la filiación y el parentesco, al transmitirse la propiedad de la tierra a las hijas, y quienes contraen matrimonio con ellas deben abandonar sus familias y casas.

Este régimen se corresponde con la vigencia de la institución del *avunculado*²³. Mientras la mujer se dedica al cultivo de la tierra, el gobierno de la familia recae en su hermano, si este no se ha desvinculado de la familia. El marido quedaba relegado a una posición secundaria, aunque tal vez conservando cierta autoridad moral. El régimen matriarcal fue posible gracias a la fortaleza física de la mujer, reflejada en otra institución llamativa: la *covada*²⁴, consistente en la ceremonia de sustitución de la madre por el padre durante el parto en el lecho, recibiendo él los cuidados debidos a ella, respondiendo tal vez al deseo de hacer explícita ante terceros la atribución de una paternidad susceptible de duda; era una manera de evidenciar, probar o demostrar ante la colectividad quien era el padre del recién nacido. Con algunas variantes, tal práctica existió también en otros pueblos como los corsos, y en distintas zonas del norte español, persistiendo sus vestigios en zonas como Baleares y Canarias.

La referencia de ESTRABÓN a las costumbres de los cántabros²⁵, denotaba un régimen de ginococracia o bien una sociedad en transición del sistema matriarcal al patriarcal a la vista de las instituciones del *avunculado* y el rito de la *covada* mencionados.

²² ESCUDERO, José Antonio, *ibidem*, pág. 93 y ss. Su desarrollo ulterior en los pueblos del norte y principalmente en el pueblo cántabro es conocido en el relato de Estrabón: “Así, entre los *Kantabroi* es el hombre quien dota a la mujer y son las mujeres las que heredan y las que preocupan de casar a sus hermanos; esto constituye una especie de *gynaikokratia*, régimen que no es ciertamente civilizado.” (*Geografía*, III, 4, 18).

²³ SCHULTEN, Adolf, *Los cántabros y astures y su guerra con Roma*, Espasa Calpe, Madrid, 1969. La importancia del *avunculus* aparece constatada en Cantabria. Schulten advirtió la existencia de lápidas dedicadas a él en Asturias y León. De la misma opinión, ESCUDERO, José Antonio, *ibidem*, pág. 94.

²⁴ ESTRABÓN recoge: “...es cosa común entre ellos la valentía no solo en los hombres sino también en las mujeres. Ellas cultivan la tierra y apenas han dado a luz ceden el lecho a sus maridos... con frecuencia paren en plena labor y lavan al recién nacido inclinándose sobre la corriente de un arroyo envolviendo luego...” (*Geografía* III, 4, 17).

²⁵ En opinión de GACTO FERNANDEZ, Enrique y otros, *Manual básico de Historia del Derecho*, Laxes S.L., Madrid, 2009, pág. 24.

Posteriormente, con la llegada de los pueblos púnicos a Baleares²⁶ y a la Península, no hubo grandes cambios. La invasión se debía a motivos económicos y estratégicos. Para ello, los cartagineses bajo la dirección de los Bárquidas, llevaron a cabo una ocupación que no buscaba la transformación de los pueblos indígenas, de sus tradiciones y costumbres, sino que fueron respetadas en la medida que no lesionaban sus intereses, hasta que llegaron los romanos a nuestras tierras.

2.2- La Ley de las XII Tablas: primeras normas escritas con algunas referencias a la mujer.

La necesidad de hacer una compilación de leyes fundamentales fue una decisión tomada por la influencia griega por un lado y por otro como una manera de solucionar las desavenencias entre patricios y plebeyos²⁷.

El más antiguo código de Derecho romano (450 a. C.), es la Ley de las XII Tablas²⁸ (*lex duodecim tabularum* o *duodecim tabularum leges*) o Ley de igualdad romana; fue un texto legal que contenía normas para regular la convivencia del pueblo romano entre patricios y plebeyos pero prohibía el matrimonio entre ellos. Aunque fueron destruidas por el saqueo de Roma del año 390, se sabe su contenido gracias a las referencias que hay de ellas en la historiografía y la literatura romana (Tito Livio, Gayo, Cicerón, Aulo Gelio, etc). En ellas se recogen por escrito, de manera más o menos ordenada, una serie de normas jurídicas que hasta entonces eran costumbres, algunas de las leyes del *regnum* y normas redactadas *ex novo* por las comisiones que elaboraron las tablas. Las tablas IV y V contenían el derecho de familia y sucesiones.

De su contenido podemos trazar dos conclusiones:

²⁶ En opinión de GACTO FERNANDEZ, Enrique y otros, *Manual básico de...**Ibidem.*, pág. 28.

²⁷ LIVIO, Tito, *Ibidem*, Pto. (3.32): 452 a.C. "Este año también estuvo libre de la guerra en el extranjero, pero empezaron los problemas en casa. Los legados habían vuelto con las leyes de Atenas; los tribunos, en consecuencia, insistieron más en que se debería empezar a compilar las leyes. Se decidió que se debía crear un conjunto de diez hombres (de ahí el nombre "decenviros"), contra los que no debería caber ningún recurso y que todos los demás magistrados debían suspenderse durante el resto del año. Hubo una larga controversia acerca de si debían ser admitidos los plebeyos; al fin cedieron a los patricios, a condición de que la Ley Icilia sobre el Aventino y las demás leyes sagradas no pudieran ser derogadas." WWW.tlivio.260mb.com/livio03.

²⁸ Ley de las XII TABLAS, Dpto. de Historia Antigua, Selección y traducción G. FATÁS, *Materiales para un curso de Historia Antigua*, Universidad de Navarra, 1994. WWW.unav.es/hAntigua/textos.

La primera, el padre aparece como la salvaguarda del patrimonio y autoridad: único titular del derecho. La mujer aparece privada de toda capacidad jurídica y pasa, tras el matrimonio, de la potestad del padre a la del marido. La cuarta tabla trataba de los inmensos poderes del *pater*, autoridad máxima de la familia romana, que tenía derecho de abandono, y aún tenía la obligación de dar muerte a sus hijos recién nacidos monstruosos o de castigarlos muy severamente, sin importar su edad o los cargos que desempeñaran. Se establecía un límite a su enorme potestad. El *pater* que vendiera a un hijo más de tres veces, perdía la patria potestad. La tabla quinta trata de la herencia, la tutela y la curatela. La herencia establecida legalmente, o sea, *ab intestato*, por ausencia de testamento o por ser éste nulo, era asignada a los agnados, parientes por vía masculina ya que el parentesco agnaticio sólo se transmite por vía de varón, *per virilem sexum*, siendo la mujer, en este sentido, *finium familia*. Así la Tabla V recogida por GAYO dice: “Los ancestros quisieron así, que las mujeres, incluso adultas, quedasen bajo tutela en razón de su ligereza de espíritu (...) salvo las vírgenes Vestales que quisieron fueran libres...”²⁹.

Como segunda conclusión entendemos que la mujer, por virtud del matrimonio pasaba a ser una propiedad más del marido. Así vemos el concepto de usucapión aplicado a la mujer en la Tabla VI: prevé la Ley de las XII Tablas que “si una mujer no quiere caer bajo la *manus* del marido, se ausente tres noches cada año y que de ese modo interrumpa cada año la usucapión”³⁰.

El concepto de usucapión en derecho romano recogido por ULPIANO³¹ lo define así: “Por usucapión alcanzamos la propiedad, tanto de las cosas mancipables como de las no mancipables. La usucapión consiste en la adquisición de la propiedad por la posesión continua de las cosas durante uno o dos años; un año para las cosas muebles y dos para las inmuebles”.

Según la exposición de GAYO la mujer, por virtud del matrimonio pasaba a ser una propiedad más del marido. Se podía realizar por el *usus*: después de un año continuado

²⁹ Gayo I.144: *Veteres enim voluerunt feminas etiansi perfectae aetatis sint propter animi levitatem in tutela esse. (145) exceptis virginibus Vestalibus, quas...liberas esse voluerunt: itaque etiam lege XII tabularum cautum est.* Citado por GARCÍA GARRIDO, Manuel Jesús. *Diccionario de jurisprudencia romana*. Dykinson. Madrid. 2006.

³⁰ Gayo I.111: *Lege XII Tabularum cautum est, ut si qua nillet usu in manum mariti convenire, ea quotannis trinotio abesset atque eo modo cuiusque anni (usum) interrumperet.* Citado por GARCÍA GARRIDO, Manuel Jesús, *Diccionario de jurisprudencia romana, ibidem*.

³¹ ULPIANO, Regla 19,8. Igualmente MODESTINO, Digesto 41.3.3: “La Usucapión es la agregación del dominio mediante la continuación de la posesión por el tiempo determinado en la Ley”.

de matrimonio, el marido adquiría la *manus* sobre la mujer. Para impedirlo la mujer acudía a la institución de la *usurpatio trinoctium*, que consistía en ausentarse del domicilio conyugal tres noches al año.

3- SITUACIÓN JURÍDICA DE LA MUJER CASADA EN EL DERECHO ROMANO.

El Derecho español arranca de una época no muy alejada de los años en que se produce la ocupación romana de la Península ibérica, la cual comienza en el año 218 a. C. El dominio político de los romanos no supuso una supresión automática de todas las instituciones jurídicas indígenas. Por el contrario, fueron respetadas y en algunos casos asumidas por los propios romanos, por lo que su desaparición se produjo de manera lenta y tardía.

Con la conquista romana de Hispania, coexistieron los ordenamientos jurídicos indígenas con el propio ordenamiento romano, pero finalmente, salvo raras excepciones, se acabó imponiendo una profunda Romanización, lo que supuso por una parte la recepción de la cultura romana, llamada cultura de "síntesis" por algunos autores³² por cuanto constituía un sistema armónico integrador del pensamiento griego y de las tradiciones culturales del Mediterráneo oriental, el desarrollo de la legislación romana y todo ello influido por el cristianismo, y constituyendo esta amalgama un orden jurídico llamado *pax romana*.

ZUBIRI afirmaba al respecto que “la metafísica griega, el derecho romano y la religión de Israel (dejando de lado su origen y destinos divinos) son los tres productos más gigantescos del espíritu humano”³³.

La incorporación política de Hispania a los dominios de Roma, no supuso la ruptura radical con las viejas tradiciones y ordenamientos jurídicos de los pueblos primitivos.³⁴ La diferencia cronológica entre la conquista de unos y otros lugares y el distinto nivel cultural de cada zona, condicionaron el grado de asimilación de la cultura y de las estructuras jurídicas romanas. Cuando los romanos llegaron a Baleares y a la Península

³² ESCUDERO, José Antonio, *ibidem*, pág. 109.

³³ ZUBIRI, Xavier, *Naturaleza, Historia, Dios*, Aliance, Madrid, 1987.
www.zubiri.org/Works/spanishworks.

³⁴ En opinión de GACTO FERNÁNDEZ, Enrique, ALEJANDRE GARCÍA, Juan Antonio y GARCÍA MARÍN, José María, *Manual básico de historia del Derecho*, Laxes, SL, Madrid, 2009, pág. 35.

ibérica, ya constituían el más alto exponente de sabiduría jurídica de la época³⁵. La acción romana en España fue al principio netamente militar, interesados por su aspecto estratégico en su lucha contra Cartago. Este carácter militar se vio acentuado dada la oposición y resistencia de los indígenas que duró más de dos siglos, hasta que se impone la *Pax romana* en España, bajo el emperador Augusto (año 27 a.C). El contacto entre indígenas y romanos permitió a aquellos un conocimiento progresivo y una asimilación paulatina pero constante de la cultura y de las formas de vida romana, a través de actos cotidianos como operaciones mercantiles con comerciantes romanos, alistamientos y convivencia en las legiones romanas, uniones no matrimoniales entre soldados romanos y mujeres hispanas. Por otro lado, las numerosas calzadas romanas que conectaron pueblos hispanos aislados hasta entonces, también contribuyó a una progresiva asimilación de un derecho evolucionado y avanzado. La romanización cultural fue premisa de la romanización jurídica. Mientras que en el norte de España se produjo de manera más lenta y tardía, en las zonas del sur, Levante y Baleares fueron mucho más permeables a las influencias extranjeras³⁶.

3.1- Efectos personales del matrimonio en el Derecho romano: el *paterfamilias*, dueño legal del hogar y de todos sus miembros.

El concepto de familia romana recogido por Ulpiano³⁷ nos la describe como un núcleo o conjunto de personas que están sometidas a la única potestad del *paterfamilias* por razones naturales o jurídicas. Al principio el *paterfamilias* era el dueño legal del hogar y de todos sus miembros. Se refería por tanto a las cosas y a las personas. Era una sociedad patriarcal, típica de la Antigüedad donde él era el que trabajaba y sostenía la casa y tomaba las armas en caso necesario para defenderla.

En los primeros tiempos, su facultad era tan amplia que podía disponer totalmente de la persona y bienes de sus *filius*. Esta potestad fue moderándose muy paulatinamente en la República limitándose particularmente en la Roma imperial, y sobre todo bajo la influencia cristiana. A fines del siglo II, el *pater* sólo podía ejercer una facultad

³⁵ En opinión de LALINDE ABADÍA, Jesús, *ibidem*, pág. 30.

³⁶ En opinión de GACTO FERNÁNDEZ, Enrique, ALEJANDRE GARCÍA, Juan Antonio y GARCÍA MARÍN, José María, *Manual básico de historia...Ibidem*, pág. 30.

³⁷ ULPIANO, 46ed.D.5016.195.1-2. Citado por NIZAMA VALLADOLID, Medardo, “La familia en el Derecho romano y en el ordenamiento normativo actual”, *Revista de Derecho y ciencia política*, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Vol. 66, N° 1 y 2, Lima, 2009, pág. 278.

correctiva. Todo padre que diera muerte a un hijo, a partir del emperador Constantino, fue considerado parricida. Toda mujer, fuera o no *sui iuris*, requería la tutela (de modo más formal que real), era un requisito burocrático. Con el tiempo, la mujer pudo elegir a su tutor libremente. La posibilidad del padre, otorgada por la Ley de las XII Tablas, de vender al hijo, fue declarada ilícita por el emperador Caracalla, salvo por motivos de pobreza extrema. Diocleciano y luego Constantino, lo prohibieron, en cualquier caso, aunque este último emperador realizó una salvedad. Podía enajenarse el hijo si fuera recién nacido, en caso de padre indigente, pero reservándose la facultad de poder readquirirlo³⁸.

3.1.1-La patria potestas y la manus mariti

La capacidad de la mujer en el Derecho romano fue evolucionando.

La mujer era considerada *alieni iuris*, es decir, que está “bajo el derecho de otro”. Como hija está bajo la *patria potestas* y como esposa, bajo la *manus mariti*. El hombre ejercía tres tipos de potestad. La *patria potestas* era el poder del padre sobre los hijos; al poder del padre sobre la mujer que entra en la familia se le denominaba *la manus*; al poder sobre los esclavos se le denominaba *dominica potestas*.

Cuando por circunstancias careciera de ambas, era persona *sui iuris* y se sometía a la *tutela mulieris* debido a la fragilidad y debilidad del sexo³⁹. La tutela legítima era irrenunciable y correspondía al pariente agnado más cercano (*proximus agnatus*), y consistía en proteger el patrimonio de un *sui iuris* que por razón de edad o sexo no podía hacerlo por sí mismo. En el caso de los varones la tutela duraba hasta los 14 años (*tutela impuberum*), mientras que para la mujer era vitalicia⁴⁰. Las mujeres no podían ser nombradas tutoras porque ese cargo era de hombres⁴¹. *El tutor mulieris* llevaba a

³⁸ En opinión de CHARRÍN Y TIGERO, Acacio, Historia de la patria potestad en el Derecho romano, *Revista general de legislación y Jurisprudencia*, Universidad Complutense, Madrid, 1876, págs. 5-54.

³⁹ La *fragilitas sexus* y la *infermitas sexus* designan de una manera genérica la minoridad femenina que justificaba en ocasiones la atenuación de la pena. GRAZIOSI, Marina, *Ibidem*, pág. 49. WWW.dialnet.Unirioja.es.

⁴⁰ DE CASTRO-CAMERO, Rosario, *Quid iuris? Las razones del jurista en el Derecho romano*, Universidad de Sevilla, 2007, pág. 147.

⁴¹ CAZORLA GONZÁLEZ-SERRANO, M^a del Carmen, “La protección jurídico-patrimonial y del incapacitado y su antecedente histórico en el Derecho Romano”, *Revista de Derecho de la UNED*, N^o7, 2010, pág. 128. Recoge fragmento D. 26, 1, 18: *Feminae tutores dari non possunt, quia id munus masculorum est, nisi a Principe filiorum tutelam specialiter postulent*. (Las mujeres no pueden ser nombradas tutoras porque este cargo es de hombres; a no ser que especialmente pidan la tutela de los

cabo tanto la *auctoritas interpositio* (complemento a la capacidad del tutelado) como la *negotiorum gestio* (administración de los bienes del tutelado).

La situación de la mujer romana, vivió una clara evolución con respecto a la época antigua, adquiriendo poco a poco una cierta independencia.

Así pues, al *tutor mulieris* no le competía la directa gestión del patrimonio de la mujer,⁴² sino que se limitaba a prestar la *auctoritas interpositio*, dando su consentimiento para la realización de la mujer de determinados actos. El *tutor mulieris* no tenía potestad sobre la persona o los bienes de la mujer cuyos negocios no gestionaba⁴³.

No puede decirse que la madre pudiera ejercer la *patria potestas*. Si un padre encomendaba en su testamento como tutor de los hijos comunes a la madre, el gobernador de la provincia no debía admitirlo⁴⁴.

Existían tres maneras de entrar en el poder marital⁴⁵: por uso (un año continuo de matrimonio), por pan (matrimonio con presentación como sacrificio de un pan de trigo y otras solemnidades) y por compra (una compra por matrimonio). La esposa, era la *domina* o señora que se ocupaba de su nueva casa.

Las mujeres pobres tenían que ocuparse de lavar, planchar, hacer la comida y todas las labores domésticas. Las mujeres ricas se encargaban de controlar a los esclavos que realizaban estas tareas. Cuando llegaban los hijos, debían ocuparse de las primeras etapas de su educación. Si el esposo se ausentaba, cosa que ocurría con relativa frecuencia, su palabra era ley, tanto para esclavos como para clientes. En la antigua familia patriarcal romana aunque la mujer estaba sometida a la *manus* del marido

hijos). En este sentido, véase también SHULZ, F. *Derecho Romano Clásico*, Traducido del inglés por José Santa Cruz Tejero, Bosch, Barcelona, 1960, pág. 158.

⁴² GAYO (I, 190): *...mulieres enim, qua perfectae eatatis sunt, hipase sibi negocia tractant...* (...pues las mujeres de plena edad realizan los negocios por sí mismas...). Recogido en CAZORLA GONZÁLEZ-SERRANO, M^a del Carmen, *ibidem*, pág. 133.

⁴³ FUENTESECA, Pablo, *Derecho privado romano*, E. Sánchez A. Gráficas, Madrid, 1978, pág. 413.

⁴⁴ CAZORLA GONZÁLEZ-SERRANO, M^a del Carmen, *Ibidem*. Recoge fragmento D. 26, 2, 26: *Iure nostro tutela communium liberorum matri testamento patris frustra mandatur; nec si provinciae Praeses imperitia lapsus patris voluntatem sequendam decreverit, sucesor eius sententiam, quam legis nostrae non admittunt, recte sequetur*. (Por derecho común no se puede mandar en el testamento del padre que la madre administre la tutela de los hijos comunes y si el Presidente de la provincia por impericia determinase que se observe la voluntad del padre, su sucesor no deberá observar la sentencia, que es contra nuestras leyes).

⁴⁵ GAYO, *Instituciones*, Libro I, De las personas, 1.108-114; 108. “Veamos ahora las personas que están bajo nuestro poder marital, derecho este que también es propio de los ciudadanos romanos; 109: Bajo potestad pueden estar los varones y las hembras; en poder marital en cambio solo están las hembras”.

gozaba de la más alta consideración social como la digna compañera de su esposo⁴⁶. Desde los tiempos primitivos la mujer formaba con el marido una comunidad de bienes y de cultos en una plena unión de voluntades⁴⁷. CICERÓN⁴⁸ atestigua que la mujer en el antiguo matrimonio se la designaba con el nombre de *materfamilias* cuya santidad y dignidad era celebrada igual que la del *paterfamilias*. Los hombres, aún los de más elevada esfera social y política tenían la obligación de ceder el paso a las matronas en la calle⁴⁹.

La institución de la *conventio in manum*⁵⁰ parece remontarse a una época primitiva; entonces toda mujer casada entraba bajo el poder del marido del padre de familia de este. Por ello, la mujer adquiría la condición de hija legítima (*filiae loco*) del marido y hermana agnada de sus hijos legítimos. Si el marido era *alieni iuris* entraba también bajo la potestad del padre de familia de éste como nieta (*loco neptis*) en cuyo caso la *manus* del marido quedaba absorbida o sometida por la potestad del padre. Todo ello tenía una consecuencia patrimonial: los bienes de la mujer pasaban en bloque al marido titular de la *manus*⁵¹.

La *manus* como poder marital sobre la mujer se consideraba, tal como expone Volterra, una institución de estructura y efectos diferentes del matrimonio en Derecho clásico⁵².

⁴⁶ GARCÍA GARRIDO, Manuel, *Derecho Privado romano. Acciones, casos, Instituciones*, Dykinson, Madrid, 1989.

⁴⁷ Tal como recoge HALICARNASO, Dionisio, Rom 11-25: *Communione cum meo habere omnium bonorum ac sacrorum*. Así mismo MODESTINO (1 Reg. D. 23.2.1) define el matrimonio “como la unión de hombre y mujer en comunidad plena de vida y en comunicación del derecho divino y humano.”

⁴⁸ CICERÓN, Ad. Verr 5.11; Top.3.15. Cita GARCÍA GARRIDO, *ibidem*, pág. 724.

⁴⁹ PAOLI Ugo Enrico, *La vida en la Roma Antigua*, Iberia, Barcelona, 1956, págs. 157 y ss.

⁵⁰ Según la exposición de Gayo (citado por GARCÍA GARRIDO, Manuel J, *Diccionario de Jurisprudencia romana*, Dykinson, Sevilla, 2006, pág. 85. La *conventio in manum* se realizaba de tres formas:

1-*Confarreatio* que era la ceremonia religiosa necesaria para que los hijos pudieran acceder a determinadas dignidades sacerdotales.

2-*Coemptio* que consistía en una *mancipatio* de la mujer, que requería la presencia de cinco ciudadanos y del *libripens*. La mujer entraba bajo la *manus* del marido que como hemos dicho, adquiría también su patrimonio, pero continuaba siendo libre y ciudadana romana.

3-*Usus*: después de un año continuado de matrimonio, el marido adquiría la *manus* sobre la mujer. Para impedirlo la mujer acudía al expediente de la *usurpatio trinoctium*, que consistía en ausentarse del domicilio conyugal tres noches al año, fórmula que pronto dejó de utilizarse y Gayo la considera como un recuerdo histórico.

⁵¹ VOLTERRA, Eduardo, *La conventio in manum e il matrimonio*, Rida, 1968, pág. 205 y ss. Sobre el mismo tema, GARCÍA GARRIDO, “*Conventio in manum* y matrimonio, Varia romana, *Anuario de Historia Derecho Español*, Madrid, 1956, pág. 781.

⁵² VOLTERRA, Eduardo, *ibidem*, pág. 205ss.

Primero se acordaban los esponsales, que consistían en “la petición o promesa de futuras nupcias”⁵³, se celebraban mediante dos estipulaciones convenidas entre el *paterfamilias* de la desposada y el prometido o su *paterfamilias*. Sin embargo, estas estipulaciones no vinculaban jurídicamente a la mujer hasta que prestara su consentimiento tácito, no oponiéndose claramente. Por tanto, si mostraba su disconformidad, tal como expone Juliano,⁵⁴ no se consideraba obligada.

El matrimonio en Roma no se celebraba, sino que se constituía mediante la cohabitación con intención matrimonial. De ahí la enorme importancia de los esponsales. Resultaba necesario que los novios o las personas que los representaban, acordaran por anticipado cuando habían de iniciar esa vida en común, es decir, que se comprometieran en futuro matrimonio. Este compromiso podía ser exigido en caso de incumplimiento a través de la *actio ex sponsu* a fin de que el juez fijara una indemnización a favor del novio o la novia renuente.⁵⁵ GARCÍA GARRIDO afirma que la sanción contra el que incumplía el compromiso era más moral y social que jurídica⁵⁶.

En derecho posclásico, los esponsales asumen un nuevo régimen jurídico. Se realizan ya con ciertas formalidades, trayendo consecuencias jurídicas personales y patrimoniales.

En cuanto a la edad, cabe destacar que, si bien es cierto que en la Roma antigua existía la costumbre de conducir a la desposada a partir de los siete años al domicilio del prometido, y celebrar determinadas ceremonias nupciales, los juristas clásicos reaccionaron contra estas prácticas y exigieron que la mujer cumpliera al menos los doce años⁵⁷.

El matrimonio⁵⁸, se iniciaba con el acompañamiento de la mujer a casa del marido, es lo que se llamaba la *deductio in domum mariti*. El matrimonio podía celebrarse en ausencia del marido, con tal de que fuera llevada la mujer a casa de éste; pero nunca se podía celebrar el matrimonio en ausencia de la mujer.

⁵³ Tal como lo define FLORENTINO (3 inst. D. 23.1.1). Citado por GARCÍA GARRIDO, Manuel J, *Diccionario de Jurisprudencia romana*, *ibidem*, pág. 122.

⁵⁴ JULIANO 62 dig. D. 23.2.11. Citado por GARCÍA GARRIDO, Manuel J. *Derecho Privado romano*, *ibidem*, pág.124.

⁵⁵ LÓPEZ HERRERA, Francisco, *Derecho de familia*, Tomo I, 2º Edición, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2008, pág. 222.

⁵⁶ GARCÍA GARRIDO, Manuel J, *Diccionario de Jurisprudencia*. *Ibidem*, pág. 123.

⁵⁷ DURRY, Marcel, “Le mariage des filles impubères dans la Rome Antique”, *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité*. Bruxelles, 1955, pág. 263 y ss.

⁵⁸ ORTEGA CARRILLO DE ALBORNOZ, Antonio, *Terminología, definiciones y ritos de las nupcias romanas. La trascendencia de simbología en el matrimonio moderno*, Dykinson, Madrid, 2006, pág. 15. En el mismo sentido LÓPEZ HERRERA Francisco, *Ibidem*, pág. 207: “...la mujer llegaba a la puerta de la casa del marido. Éste debía tomarla en brazos e introducirla en esa forma a su morada a fin de que ella no pisara la piedra del umbral de la casa.”

3.1.2- Contenido del concepto “*patria potestas*” en el Derecho Romano clásico y posclásico

La *patria potestas* comprendía los siguientes derechos⁵⁹:

1-El *ius vitae et necis*, el llamado derecho de vida o muerte, aunque se consideraba obligatoria la consulta a los parientes, el llamado *iudicium domesticum* y el censor tenía la facultad de vetar las posibles arbitrariedades del padre. Progresivamente se transforma en un derecho a la corrección paterna. Así, una Constitución de Valentiniano I del 365 d.C (CI.9.15.1) atribuyó a los jueces los castigos para faltas más graves. Este emperador castigó con la pena de muerte si un padre mataba a un recién nacido. Constantino castigaba como parricida al padre que matara a su hijo (CI.9.17.1) hasta que Justiniano declara que este derecho de vida y muerte ya no existe (C. 8.46.10).

2-El *ius vendendi* es el derecho de vender como esclavo al hijo de familia en territorio extranjero. Este derecho también aparece con importantes limitaciones, pues no pues el hijo no podía venderse como esclavo en territorio romano, pero sí podía ser entregado in *causa mancipii*. El derecho de vender a los hijos resurge con la crisis del S.III y los emperadores consintieron en ésta práctica, siempre que fuera motivado por la extrema pobreza. Diocleciano (CI.4.43.1-2) y Constantino (Frag. Vat 33.313; CTh. 4.8.6) prohibieron la venta de los hijos. Valentiniano I (CTh. 3.3.1) y Constantino ordenan la devolución a los padres de los hijos vendidos y, en algunos casos la obligación de restituir al comprador los gastos ocasionados en la alimentación de los hijos. Justiniano, por fin, estableció que el derecho de venta solo podía aplicarse a los recién nacidos en caso de extrema necesidad del padre, y con la facultad de poder recuperarle en un futuro mejor mediante el pago de un rescate.

3-El *ius noxae dandi* era el derecho que tenía el padre de entregar a su hijo a la persona perjudicada por un acto ilícito cometido por el hijo, con la finalidad de liberarse de la responsabilidad contraída. El deber de piedad del padre hacia el hijo que inspira la legislación de Justiniano hace que este emperador declare abolido este derecho (D. 48.9.5).

⁵⁹ GARCÍA GARRIDO, Manuel, *Derecho*, *ibidem*, pág. 694.

4- El *ius exponendi* era el derecho de exponer o abandonar al hijo recién nacido. Esta práctica, tal y como recoge García Garrido⁶⁰ fue combatida por los autores cristianos y condenada por el emperador Valentiniano I (CI.8.51.2).

3.1.3-Evolución del concepto: del *ius al officium*

La evolución del concepto de patria potestad se refleja en el hecho de que empieza a ser concebida como un “*officium* en interés del *filius*,” que también comprende obligaciones y no solo derechos, como consecuencia de la concurrencia de varios factores, tal como señala ROBERTI⁶¹:

1º. Por razones de tipo político. Al aumentar la autoridad de los poderes públicos del Estado, la familia pierde en gran parte su carácter de institución de Derecho público, replegándose al ámbito del Derecho privado con la consiguiente debilitación de la autoridad paterna.

2º. Por razones de tipo moral y social. La corrupción y el amplio desarrollo de las actividades militares y comerciales, rompieron la íntima unión de la familia romana, al determinar la necesidad de reconocer al *filius* una capacidad patrimonial.

3º. La influencia de costumbres de otros pueblos como Grecia y Egipto y fundamentalmente, la aversión tenaz y profunda a las costumbres romanas de la nueva doctrina cristiana y la noción de *paterna pietas* elaborada por la Patrística. En la misma línea escribe CASTÁN VÁZQUEZ⁶² sobre la concepción cristiana de la familia, que era incompatible con el antiguo carácter del poder paterno. La patrística desarrolló la doctrina paulina elaborando una nueva concepción de las relaciones paterno-filiales inspirada en la noción de la *paterna pietas*.

Uno de los puntos que más polémica levantaba de la doctrina cristiana era el quinto mandamiento que ponía en tono de igualdad al padre y a la madre: honrarás a tu padre y a tu madre. Según SÁNCHEZ ROMÁN⁶³, el cristianismo infundió en la familia un

⁶⁰ GARCÍA GARRIDO, Manuel, *Derecho...Ibidem*, pág. 696.

⁶¹ ROBERTI, M, *Patria potestas e Paterna pietas: Studi Albertoni*, Padova, 1935, pág. 259. Cita CASTÁN VÁZQUEZ, José María, *La patria potestad*, Editorial Revista de Derecho privado, Madrid, 1960, pág. 24.

⁶² CASTÁN VÁZQUEZ, José María, *ibidem*.

⁶³ SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe, *Estudios de Derecho Civil*, Vol. I, Parte general, Est. Tipográfico Sucesores de Rivadeneyra, Madrid, 1911.

elevado sentido ético, al elevar el matrimonio a la dignidad de sacramento indisoluble y al proclamar el principio de la igualdad de los esposos.

Poco a poco y sobre todo tras el mandato del emperador cristiano Constantino, se fue produciendo una transformación del mundo occidental, fundamentalmente en las relaciones humanas. La supresión progresiva de la esclavitud, la consideración de todos los hombres iguales a los ojos de Dios, va profundizando. Las legislaciones de los emperadores cristianos muestran una tendencia dulcificadora de los rigorismos tradicionales, especialmente en el derecho de las personas y en el derecho de familia⁶⁴.

Como consecuencia de ello, se produjo la desaparición de los conocidos y primitivos derechos del *pater* sobre la persona del *filius* tales como el *ius vita ac necis*, derecho de vida y muerte, abolido por el emperador Constantino, el *ius exponendi*, el *ius vendendi*, derechos de exposición y venta que fue limitado por Justiniano al caso de extrema pobreza y abolido definitivamente por el emperador Teodosio, al ordenar que no produciría efecto alguno la venta bajo cualquier concepto que se hiciera⁶⁵.

La patria potestad romana asume así otro carácter: no se trata ya de la subordinación total al *pater* sino del deber de honrar al progenitor y obedecerle. Lo que antes eran deberes éticos se tornan ahora en deberes jurídicos.

3.1.4-La dignidad de la mujer. La Lex Iulia de Adulteriis y la Lex Papia Poppaea

La unión estable del hombre y la mujer sin la recíproca intención de estar unidos en matrimonio se consideraba concubinato. PAULO⁶⁶ lo define: “Debe estimarse que es concubina la que un hombre tiene en tal condición por la mera intención”. La concubina se considera que no tiene dignidad, porque no participa de la dignidad del marido ni entra en su familia (*honor matrimonii*) y por tanto sus hijos no son legítimos.

Esta figura jurídica no tenía efectos hasta que se regula el matrimonio por Augusto. *La Lex Iulia de Adulteriis* castigaba toda unión sexual fuera del matrimonio y enumeraba una serie de mujeres de clase social inferior con las que se podía tener relaciones sexuales sin incurrir en estos delitos: esclavas, libertas, meretrices y actrices, condenadas en juicios públicos y adúlteras.

⁶⁴ En opinión de BIONDI Biondo, *Objeto y método de la jurisprudencia romana*. Arte y Ciencia del Derecho, Barcelona, 1953.

⁶⁵ CHARRÍN Y TIGERO, Acacio, *ibidem*, pág. 8.

⁶⁶ PAULO, 19 Resp. Digesto. 25.7.4. Igualmente, Ulpiano, 32, Sap. D. 24.1.3.1.

La *Lex Papia Poppaea* establecía que no podían ser considerados matrimonios aquellas uniones con determinadas mujeres con las que se favorece la formación de concubinato. Lo que distinguía el concubinato del matrimonio, era la intención y los usos sociales, pues en la práctica, el concubinato se daba también con mujeres ingenuas, siempre de clase social baja⁶⁷.

El matrimonio en el derecho romano postclásico atribuye al consentimiento un nuevo sentido: la recíproca voluntad de los cónyuges. El inicio de la vida conyugal ya no vendrá dado como antes por el ingreso de la mujer en la casa del marido, sino por actos y ceremonias nupciales basados en el principio *consensus facit nuptias*. La legislación de los emperadores asume una posición hostil frente a las concepciones clásicas y se muestra favorable a que la mujer preste su consentimiento, y contrario al divorcio y a las segundas nupcias. De hecho, la esclavitud, la deportación o la cautividad ya no disuelven el matrimonio.

En el año 331 d.C, Constantino (CTh. 3.16.2) limita el repudio o divorcio unilateral a tres motivos, distintos para el caso del hombre y de la mujer. Para el caso del marido, podía pedir el acta de repudio si la mujer era declarada culpable de adulterio, envenenamiento o alcahuetería. Sin embargo, las causas para que la mujer lo solicitara eran distintas: si el marido había cometido homicidio, envenenamiento o violación de sepulcro⁶⁸.

Posteriormente JUSTINIANO⁶⁹, dicta nuevas normas distinguiendo el matrimonio católico del que no lo es. Y establece que, si un hombre jura sobre el Evangelio que tomará a una mujer en matrimonio, no puede después divorciarse⁷⁰. Hay que tener en cuenta que no era lo mismo el repudio que el divorcio. VOLTERRA precisa que el repudio era un divorcio unilateral, mientras que el divorcio era bilateral. Para el caso de matrimonio no católico, exigía justa causa, entre ellas el adulterio y malas costumbres de la mujer⁷¹.

⁶⁷ GARCÍA GARRIDO, *Derecho...* *Ibidem*, pág. 736.

⁶⁸ GARCÍA GARRIDO, *Derecho...* *ibidem*, pág. 737.

⁶⁹ VOLTERRA, Edoardo, *Istituzioni di Diritto Privato Romano*, Roma, 1961, págs. 673 y ss. Recoge GARCÍA GARRIDO, *Derecho...* *Ibidem*, pág. 737.

⁷⁰ Justiniano Institutas 1, 9, 1: *Nuptiae autem, sive matrimonium, est viri et mulieris conjunctio, individuum vital consuetudinem continens*. Traducción: Las nupcias o matrimonio consisten en la unión del hombre y de la mujer, llevando consigo la obligación de vivir en una sociedad indivisible. ALVARADO CHACÓN, Joaquín, *El matrimonio romano: concepto, requisitos, impedimentos, efectos y disolución*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Venezuela, 2008.

⁷¹ NÚÑEZ PAZ, María Isabel, *Consentimiento matrimonial y divorcio en Roma*. Universidad de Salamanca. 1988. pág. 155. Novela 117 del año 542. El marido podía repudiar en los siguientes casos:

Por primera vez se contempla la posibilidad del marido que tiene relaciones sexuales con otra mujer como causa justa de divorcio o la falsa acusación de adulterio por parte del marido. El divorcio sin justa causa, si era hombre el cónyuge culpable, era castigado con la pérdida de la dote y donación nupcial. Además, debía entregar a la mujer un tercio de la donación nupcial sobre los demás bienes. Si no existían esos bienes, con la cuarta parte de sus bienes propios⁷². Si era la mujer el cónyuge culpable, perdía la dote y la donación nupcial y era recluida para siempre en un convento. Todos los demás bienes que posea, los pierde: 3/3 en favor de los hijos y un tercio en favor del convento⁷³.

En todo caso, se producía una auténtica disolución del matrimonio. El cónyuge inocente podía contraer matrimonio inmediatamente, aunque las mujeres debían esperar un año para evitar la *turbatio sanguinis*⁷⁴. El plazo que era de diez meses siguientes a la disolución del matrimonio, por muerte del marido, pero fue ampliado a un año por Justiniano y se aplicó también a los supuestos de divorcio. Su fundamento no descansaba en razones sentimentales sino para evitar dudas en torno a la paternidad, por mezcla de sangre.

1) Si teniendo la mujer conocimiento de que se conspira contra el Imperio, no lo manifiesta al marido (Novela 117,8, 2).

2) Adulterio probado de la mujer (Novela 117,8, 4).

3) Atentado de la mujer contra la vida del marido (Novela 117,8, 3).

4) Si ignorándolo el marido o, contra su prohibición, la mujer acude a los baños con extraños (Novela 117,8, 4).

5) Que la mujer residiera fuera del domicilio conyugal, salvo que lo hiciera en casa de sus padres (Novela 117,8, 5).

6) Que la mujer acudiera a determinados espectáculos contra la voluntad del marido o ignorándolo éste (Novela 117,8, 6).

⁷² NÚÑEZ PAZ, María Isabel, *Ibidem*. Por su parte la mujer podía repudiar (al marido) en los siguientes casos:

1) Si el marido conspira contra el Imperio o conoce la conspiración (Novela 117,9, 1).

2) Si el marido atenta contra la vida de la mujer o sabe que otros desean atentar y no la previene (Novela 117,9, 2).

3) Si el marido atenta contra la castidad de la mujer (Novela 117,9, 3).

4) caso de que el marido hubiese acusado a la mujer de adulterio, pero la acusación hubiese resultado falsa

(Novela 117,9, 3).

5) Si el marido llevase a vivir al hogar conyugal a otra mujer o la frecuentase fuera de él, en la misma ciudad, y persistiese su actitud después de haber sido reprendido por los padres u otras personas dignas (Novela 117,9, 5).

⁷³ NÚÑEZ PAZ, María Isabel, *Ibidem*, pág. 155.

⁷⁴ MARTÍNEZ DE MORETÍN LLAMAS, M^a Lourdes, *Régimen jurídico de las presunciones*, Dykinson, Madrid, 2007, pág. 90. Digesto 3,12, 11,1. *et si talis sit maritus, quem more maiorum lugeri non oportet, no posse eamnuptum intra legitimumtempus collocari; Praetor enim adid tempus se retulit, quo vir elugetur; qui solet elugeri propter turbationem sanguinis*. Y por ello, debe cumplirse, aunque el marido, por su conducta, no merezca ser llorado. Si la mujer daba a luz dentro de ese tiempo, la obligación cesaba. (*quae intra legitimum tempus partum edideritstatim posse nuptiis se collocare*).

Por otro lado, la configuración jurídica del matrimonio sufrió un enorme cambio en el Derecho posclásico, tanto por la tendencia a la indisolubilidad del mismo, como por la nueva evolución que experimenta el concepto del consentimiento. Aunque esté basado en el mismo concepto que el matrimonio clásico, (*consensus facit nuptias*), este consenso se empieza a entender de forma nueva: el matrimonio es un acto puntual por el que se crea un vínculo desde el momento de ese consentimiento y que permanece mientras no se realice un acto en contrario⁷⁵.

3.2- Efectos patrimoniales del matrimonio en el Derecho romano: El *Ius uxorium*

El régimen económico⁷⁶ durante el período clásico era el de separación de bienes. Cada consorte retenía la propiedad, posesión y administración de sus bienes propios, presentes y futuros. Esta regla venía ligada al entramado familiar descrito sobre absoluta dependencia jerárquica del *paterfamilias*, que ejercía como titular absoluto del patrimonio común. Las donaciones mutuas entre cónyuges estaban prohibidas totalmente hasta que en el año 206 se consintieron la convalidación tácita de las donaciones no revocadas en vida del donante⁷⁷.

3.2.1- Los bienes dotales, propiedad del *paterfamilias*

En el antiguo derecho romano, las relaciones entre los cónyuges estaban inspiradas por el principio de unidad familiar y por tanto unidad del patrimonio regido por el *paterfamilias*. Cuando la mujer entraba en el domicilio del marido, sus bienes dotales pasaban a ser propiedad del *paterfamilias* que tuviera la *manus*, del cual podía disponer libremente, detrayendo únicamente aquellos que necesitara para su uso y por supuesto su ajuar incrementado por regalos que le hiciera el marido durante el matrimonio. La

⁷⁵ NÚÑEZ PAZ, María Isabel, *Ibidem*, pág. 156. El matrimonio y el divorcio en el Derecho clásico se producían en dos momentos sucesivos o continuados; en el Derecho postclásico se rompe esta línea de continuidad y ambos aparecen como dos momentos aislados. No es suficiente demostrar la cesación de la *affectio maritalis* sino que es preciso manifestar la voluntad de disolver el matrimonio existente. Es un nuevo consentimiento, aislado del anterior. Por ello, Núñez Paz entiende más acertado hablar de ruptura que de cesación.

⁷⁶ BERMEJO CASTRILLO, Miguel Ángel, “Transferencias patrimoniales entre los cónyuges por razón del matrimonio en el Derecho Medieval castellano”, *Semana de Estudios Medievales de Nájera*. (1990-2004). XI semana, 2000. WWW. Dialnet. unirioja.es.

⁷⁷ GARCÍA GARRIDO, “*Ius uxorium*. El régimen patrimonial de la mujer casada en el Derecho romano”, *Cuadernos del Instituto Jurídico Español* N° 9, Roma-Madrid, CSIC, 1958, págs. 78-84.

actuación de la mujer, circunscrita al seno de la familia, recaía en el cuidado de los enseres y bienes de la casa y las labores domésticas, ya fuera el tejido de vestidos como la custodia y distribución de las provisiones de despensa confiadas por el marido a la mujer. La mujer pasaba a estar bajo la tutela económica de su esposo, aunque sin abandonar necesariamente la del *paterfamilias*.

Tal como comenta ULPIANO, estaban admitidas por la costumbre la prohibición de las donaciones entre cónyuges, para que “recíprocamente no se despojases por su mutuo amor, no moderándose en las donaciones sino haciéndolas respecto de sí con dispendiosa facilidad”⁷⁸.

La masa dotal pasaba a integrar de modo estable las pertenencias del receptor, pero con una limitación: su capacidad dispositiva se reducía a las rentas que los bienes dotales generaban; no gozaba por tanto de una libre disposición de los mismos, por estar concebido como un fondo de garantía. En caso de ruptura del vínculo por fallecimiento y sobrevivía la mujer, los bienes revertían a ella y si sobrevivía el marido, la propiedad de los bienes pasaban a los herederos⁷⁹.

Era costumbre que el marido legase a su mujer la dote y el peculio, pero existía un principio favorable a la mujer llamado *praesumptio muciana*⁸⁰ por el que, en atención a la situación patrimonial de la mujer y a los usos sociales se presumía que todos los bienes adquiridos por la mujer durante el matrimonio procedían del marido. El marido designaba un tutor a la mujer que recaía en el agnado más próximo; por ello, la mujer continuaba sometida a la potestad familiar y unida a la familia del marido. Todas las normas especiales a favor de la mujer es lo que se llamaba el *ius uxorium* como el estatuto propio de la *uxor*, no de la concubina.

Con el paso del tiempo se quiere acabar con los continuos divorcios por lo que se imponen normas especiales de separación de bienes, y se toman medidas para proteger a la mujer. La jurisprudencia postclásica tendió a recortar el derecho que ejercía el marido sobre la masa dotal, sometiendo su gestión a fiscalización y cancelación cuando su

⁷⁸ ULPIANO, *Comentarios a Sabino*, Libro XXXII, Digesto, Libro XXIV, Tit. I. Digesto. Traductor y compilador: GARCÍA DEL CORRAL, Ildefonso. *Cuerpo del Derecho civil romano*, Lex Nova, www.bibliojuridica.org.

⁷⁹ BERMEJO CASTRILLO, Miguel Ángel, *ibidem*, pág. 4.

⁸⁰ GARCÍA GARRIDO, Manuel J., *Relaciones personales y patrimoniales entre esposos y cónyuges en el derecho imperial tardío. (De Constantino a Teodosio)*, VII Congreso Internacional Spello-Peruggia-Norcia de 16 a 19 de octubre de 1985, Y *Derecho romano privado. Acciones, casos Instituciones*, Dykinson, Madrid. pág. 742.

actividad amenace los derechos de la esposa o de sus herederos⁸¹. Se mantiene la dote como una aportación al marido de la que él dispone como propietario y aparecen normas que conceden ciertas facultades a la mujer sobre la dote, como la necesidad de que preste su consentimiento para actos de disposición o enajenación de los fondos dotales itálicos y de los esclavos dotales, así como de ciertos gastos. Si no prestaba su consentimiento, disponía de la *actio rei uxoriae* para impugnar la enajenación de sus bienes. Entre tanto, se toma una medida de transición: el *edictum de alterutro* que obligaba a elegir a la mujer entre los legados que le hubiera dejado su marido en testamento o ejercitar la *actio rei uxoriae*, en cuyo caso, renunciaba a los legados de cualquier clase contenidos en el testamento del marido.

Todos estos principios que rigen durante la época clásica y postclásica, si bien respetan la tradición jurídica, porque las tradicionales normas sobre la mujer siguieron aplicándose, introduce una serie de cambios en la nueva sociedad que más que limitar la gestión del marido, lo que pretendían era asegurarle a ella la restitución.

Y es que con respecto a la restitución existía, en opinión de GARCÍA GARRIDO, un auténtico derecho de la mujer sobre su dote, pues con ese fin la mujer disponía por un lado de la ya comentada *actio rei uxoriae*, para el caso de enajenación de bienes dotales sin su consentimiento, y por otro, de la *actio stipulatu*⁸² para el caso en que hubieran estipulado la restitución, en cuyo caso el marido venía obligado a ello, salvo que lo hubiera destinado a los hijos.

Además la mujer gozaba de un crédito privilegiado: el *privilegium exigendi*⁸³, en virtud del cual, tenía preferencia en la venta del patrimonio del marido para la restitución de su dote, por delante de los acreedores e incluso del fisco, salvo que éstos fueran anteriores. Por su lado, tal como comenta IGLESIAS⁸⁴, también habría que mencionar que el marido gozaba del *beneficium competentiae* en virtud del cual solo estaba obligado a restituir hasta los límites de su activo patrimonial; incluso podía deducir de la dote ciertas retenciones basadas en la existencia de hijos, gastos necesarios, donaciones, etc.

⁸¹ BERMEJO CASTRILLO, Miguel Ángel, *ibidem*, pág. 5.

⁸² ULPIANO, 19 Sab. D.33.4.1.13. Citado por GÓMEZ DE LA SERNA, Pedro, *Curso histórico-exegético del Derecho romano comparado con el español*, Tomo II, 2ª Edición, D. Justiniani Institutionum libri IV, Madrid, 1855, pág. 588.

⁸³ PAULO 24 quaest.D.46.2.29. D. Recogido por GARCÍA GARRIDO, Manuel J, *Diccionario de Jurisprudencia...Ibidem*.

⁸⁴ IGLESIAS, Juan, *Derecho Romano. Instituciones de Derecho Privado*, Vol. II, Ariel, Barcelona, 1953, Pág. 545.

La restitución tenía como razón de ser, que la mujer era auténtica propietaria. En este sentido ULPiano⁸⁵ afirma que la mujer tenía derecho a retener la dote que se le haya dejado en legado o lo dejado en su lugar por igual valor que su dote, aunque el legado conlleve el cumplimiento de fideicomisos. Estos fideicomisos se estimarán en lo dejado a la mujer, descontando la dote o su valor, a cuya restitución tiene derecho. Por tanto, la mujer tenía un derecho a recuperar su dote íntegra, descontando las impensas, tras la muerte de su marido por medio de un legado de dote o ejercitando la acción de dote.

El legado de dote a la mujer, tenía su propio término de adquisición distinto a los demás legados⁸⁶. El heredero no podía retener para sí el legado de dote por donaciones hechas a la mujer o por otras impensas salvo aquellas que disminuyeran la dote del propio derecho como eran las impensas necesarias hechas en la misma dote. En el contenido del legado de dote, entra lo mismo que entraría en la acción de dote.

3.2.2- Los bienes parafernales o extradotales, propiedad de la mujer

Dentro de los bienes extradotales se encontraban tanto los *bona recepticia*, referidos a objetos y bienes que la mujer reservaba para sí detrayéndolos de la dote, y los *servus recepticius*, referido al esclavo perteneciente a la mujer comprendido en aquellos bienes.

Con las denominaciones genéricas *res extra dotem o praeter dotem* se refería a los bienes de la mujer no entregados en la dote. Estos comprendían tanto el ajuar o bienes de uso personal (*illatio*) como bienes propios (predios o créditos...) que la mujer entregaba al marido (*traditio*). Para evitar la confusión de bienes y dudas en caso de disolución matrimonial, era costumbre redactar un inventario. La institución de la *aestimatio dotis*⁸⁷ consistía en una tasación del valor de la asignación dotal realizada por ambos cónyuges a la hora de su constitución, en concepto de precio de venta y aplicable como criterio compensatorio ante la posibilidad de una ruptura matrimonial. La mujer conservaba todas las facultades de disposición sobre los objetos que constituían el ajuar.

⁸⁵ ULPiano, Libro XXXIII, Título IV, *De dote praelegata*, fragmento I, parágrafo *Principium*. Recogido por MONTAÑANA CASANÍ, Amparo, “La sucesión testamentaria de la viuda en las fuentes”. Actas del tercer y cuarto seminarios sobre *La mujer en la antigüedad*, Valencia 28-30 abril 1999 y 12-14 abril 2000, Sema III-IV, Valencia, 2002, pág. 167.

⁸⁶ En los fragmentos 4 y 5 del mismo título. Tal como comenta GARCÍA SÁNCHEZ, Manuel, *Ibidem*.

⁸⁷ CALONGE MATELLANES, Alfredo, “*Aestimatio dotis*”, *Anuario de Historia del Derecho español*, (AHDE), N°35, Madrid, 1965, págs. 5-58.

La concepción de *parapherna* que se desprende de los papiros greco-egipcios es la de bienes de uso que integran el ajuar en propiedad de la mujer⁸⁸.

Poco a poco, se va produciendo una transformación del tradicional modelo económico romano⁸⁹. Por un lado, los bienes se venían utilizando para la satisfacción de los *onera matrimonii*, abriendo con ello vías que adulteraban el originario sistema de separación de bienes mediante la difusión de prácticas de comunidad de uso y gestión, que posteriores y sucesivas disposiciones legales restrictivas de Diocleciano o Constantino no pudieron frenar.

Por otro, dada la influencia de las concepciones igualitarias cristianas, se produce una progresiva consolidación de una asignación inversa *ex marito*, que acabará trastocando diametralmente la orientación de las relaciones patrimoniales interconyugales. Esta donación del marido, llamada *donatio ante nuptias* o *largitas sponsalitia*, tenía como finalidad reforzar el compromiso de los esponsales, blindar la virtud de la novia y garantizar a la esposa una porción de los bienes de su prometido para el caso de muerte o incumplimiento del pacto. Comienzan las primeras medidas en protección de la futura viuda. La inicial aversión a una sociedad marital como célula estable de derechos e intereses compartidos, va ganando terreno, preocupado el legislador por el destino patrimonial a la disolución de la unidad connubial y, sobre todo, buscando la salvaguarda de la solvencia económica de la viuda con hijos.

La culminación de este proceso se produce con JUSTINIANO⁹⁰, elaborando unas reformas que mejoraron la situación de la mujer casada. Desde *Augustus* ya no era posible una enajenación de los bienes dotales, pero con Justiniano, tampoco una pignoración de los mismos. En caso de que se produjera un abuso del marido por prodigalidad, por ejemplo, la mujer podría intervenir para quitarle la disposición sobre los bienes dotales. Ya fuera por muerte del marido o por separación no causada por la mujer, ésta asumía el poder sobre su dote⁹¹. Justiniano distingue entre bienes

⁸⁸ GARCÍA GARRIDO, Manuel Jesús, *Derecho Privado...Ibidem*, pág. 750

⁸⁹ BERMEJO CASTRILLO, Miguel Ángel, *ibidem*, pág. 6.

⁹⁰ JUSTINIANO, *Código de Justiniano*. 5.14.11. “En su administración, el marido es responsable de la culpa in concreto, debiendo tener la misma diligencia que en sus propios bienes” (*diligentia quam in suis*). Véase GARCÍA GARRIDO, Manuel, *El patrimonio de la mujer casada en el Derecho civil*, CEAC. Barcelona, 1982, pág. 38 y ss.

⁹¹ NUKIRCHEN Petra, “Aproximación jurídica a los derechos de la mujer en los contratos matrimoniales”, Sesiones del Congreso Internacional de Familia, *Nuevas perspectivas sobre la sociedad europea*, Murcia, 14, 15 y 16 de diciembre de 1994, págs. 139 y ss.

extradotales, como bienes de la mujer que ella continúa administrando durante el matrimonio, y bienes parafernales, que ella entrega en administración al marido. La donación del esposo, ya no solo se puede realizar antes del matrimonio, sino que se podrá acrecentar la *donatio* durante el matrimonio e incluso constituir la después del matrimonio. Ello supuso una tácita derogación de la antigua prohibición de realizar donaciones mutuas entre cónyuges, y comienza a llamarle *donatio propter nuptias*⁹².

En el año 468, León I impuso la regla de la proporcionalidad entre la *dote* y la *donatio*,⁹³ imponiéndose finalmente una absoluta simetría tanto en la cuantía como en el régimen pactado de las dos asignaciones en la Novela 97 del año 537, recuperando una disposición de Valentiniano III y Mayoriano que había sido abrogada por Livio Severo⁹⁴.

⁹² JUSTINIANO, *Código de Justiniano*. 5, 3, 20. BERMEJO CASTRILLO, Miguel Ángel, *Ibidem*, pág. 6

⁹³ JUSTINIANO. *Código de Justiniano*. 5, 14, 10. Dicha constitución disponía, además, que cuando *dos* y *donatio* no fueren iguales, estas se redujesen a la parte menor.

⁹⁴ GARCÍA GARRIDO, Manuel Jesús, *Ius uxorium. El régimen patrimonial...Ibidem*. También las págs. 412 y 413.

CAPÍTULO II- SITUACIÓN JURÍDICA DE LA MUJER EN EL PERÍODO VISIGÓTICO Y MUSULMÁN

1-INTRODUCCIÓN HISTÓRICA

No resulta fácil el estudio de la situación jurídica de la mujer en la época medieval debido al desorden y la falta de uniformidad normativa. Frente a la unidad del derecho romano encontramos la coexistencia de una dualidad jurídica tras la invasión bárbara: por un lado, el derecho romano, por otro el derecho de los invasores, el derecho germánico.

Una tercera influencia decisiva en el desarrollo de nuestro Derecho fue la influencia cristiana, que inspirará a partir de ahora, toda nuestra legislación posterior. Las diferencias religiosas de un primer momento entre arrianistas, godos y católicos hispanorromanos, dificultaron la unidad jurídica hasta la conversión del Rey Recaredo al catolicismo, que homogeneizó ideológicamente a la población, quedando solo grupos marginales de arrianos y judíos.

Del Derecho germánico, recoge el Derecho visigótico uno de sus pilares: la estructura familiar llamada *Sippe*, entendida como colectivo de trascendencia jurídica, que engloba al conjunto de individuos que descienden de un tronco común en línea masculina. Este *Sippe* tenía un carácter de círculo de autodefensa, de tal manera que, si alguno de sus miembros era dañado por persona ajena, el resto de sus miembros quedaban legitimados para acceder a la *blutrache* o venganza de sangre, o la *wergeld* que consistía en reclamar la composición económica que se distribuiría posteriormente entre sus parientes.

Todos los miembros se encontraban bajo la autoridad del *Munt*, que venía a ser el jefe de la *Sippe*, con un poder más amplio que la patria potestad del Derecho Romano, pues admitía en su colectivo la adhesión de miembros con una fraternidad artificial, no consanguínea ni matrimonial sino basada en un ritual con juramento de hermandad.

Del Derecho romano permanece casi todo en el Breviario de Alarico, también llamado *Lex Romana Visigotorum*, cuya principal finalidad fue aclarar la dificultad de

legislación y realizar una política de signo integrador. Data del año 506 o 507 y se atribuye a Alarico II. Este texto recogía el derecho de las constituciones imperiales (derecho romano postclásico).

El Fuero Juzgo o *Liber Iudiciorum* es una de las obras legislativas más importantes de la época visigótica. La primera redacción del año 654 se atribuye al rey Recesvinto, aunque probablemente este rey terminó la obra que ya había iniciado su padre Chindasvinto. El *liber* es un código que contiene todos los aspectos de organización jurídica, no sólo del Derecho público, sino también Derecho penal, procesal, civil... es un texto diseñado para su aplicación en la práctica. Representa la unificación jurídica del reino. Su estructura sigue la del *Corpus iuris civilis*. Fue corregido y adaptado a la vida jurídica a lo largo de su vigencia, razón por la cual su aplicabilidad se prolongó en los reinos cristianos que viven en territorio musulmán (comunidades mozárabes)⁹⁵. Durante el reinado de Ervigio se le agregaron nuevas *leges*, por lo que se editó una nueva versión llamada “Redacción Ervigiana,” que recoge leyes de distintos reyes godos (Recaredo, Sisebuto, Chindasvinto y Recesvinto) y leyes antiguas (*leges antiquae o antiquae enmendatae*) con las correcciones de reyes posteriores, tal como indica Escudero⁹⁶. Aquellas leyes que al principio llevaban la palabra *antiquae*, significaba que habían sido tomadas y copiadas literalmente de la legislación romana⁹⁷.

El Fuero Juzgo, *Liber Iudiciorum* o Libro de los Jueces (año 654) es la obra jurídica más importante del Derecho Visigodo. La versión más difundida es la Vulgata, compuesta en la época de la reconquista. Con la invasión musulmana el *Liber* pierde vigencia territorial salvo en Asturias y Santander que permanecían fuera del control musulmán. Con la reconquista y el avance de los reinos cristianos, fue recobrando la vigencia territorial, especialmente en León y Castilla y en el resto de España tuvo una vigencia personal, porque los mozárabes (cristianos que vivían en territorios sujetos al islam) estaban autorizados a invocar el *Liber* en sus relaciones privadas. Los originales del Fuero Juzgo pasaron por diversas vicisitudes hasta que en 1815 la Real Academia

⁹⁵ Para más información sobre éste punto consultar D'ORS, Alvaro, “Territorialidad del Derecho de los Visigodos”, *Estudios visigóticos I*. Roma- Madrid, 1956, págs. 91-150.

⁹⁶ ESCUDERO, José Antonio, *Curso de Historia del Derecho*, Tercera edición, UNED, Madrid, 2003, pág. 210.

⁹⁷ FUERO JUZGO en latín y castellano, cotejado con los más antiguos y preciosos códices por la Real Academia Española, I. Ibarra, Madrid. 1815, pág. 5.

Española⁹⁸ lo publicó después de un ímprobo trabajo de sus académicos. Llegaron a manejar diez códigos en latín y quince en castellano, corrigiendo y depurando el texto a fin de ofrecernos una versión definitiva y lo más fiel posible, que ha sido recogida por UYÁ⁹⁹.

La procedencia de las leyes es variada, tal como señala MANUEL DE LARDIZÁBAL¹⁰⁰, buen conocedor de ésta normativa ya que participó en la primera edición bilingüe latín-castellano del Fuero Juzgo. Recoge tanto las leyes que emanan de la voluntad del rey como aquellas que emanaban de los Concilios nacionales; también hay leyes antiguas de las que se desconoce la fecha y el autor y sobre todo la legislación romana que fue incorporada a la legislación visigoda en el proceso de romanización.

La época Medieval visigoda encaja en un tiempo de transición entre el período antiguo y la Escolástica. Es Isidoro de Sevilla quizás el pensador que ejerció mayor influencia en la legislación visigoda y la figura intelectual más representativa de la época. En su obra “La Hispana” busca la unidad cultural y religiosa de la península ibérica. Godos y romanos (*gothi et romani*) confluyen en una única colectividad que Isidoro llamó *Gens gothorum*, los *hispani* o españoles. Fundó una escuela para la formación del clero que actúa como foco de cultura para toda España; escribe las “Etimológicas,” obra de carácter enciclopédico muy consultada en la Edad Media.

2-NOVEDADES QUE APORTA EL FUERO JUZGO QUE PUDIERON INFLUIR EN EL AVANCE DE LA SITUACIÓN JURÍDICA DE LA MUJER

Como novedades del Derecho visigodo podemos enunciar:

1º- Derogación por Leovigildo del antiguo precepto romano que prohibía los matrimonios mixtos: *ut tam Gotus Romanam, quam etiam Gotam Romanus si coniuhem habere voluerit, premissa petitione dignissimam, facultas eis nubendi subiaceat.*

2º- El concepto de mando como servicio: la aristocracia no se contempla como un grupo privilegiado sin más. La condición de *potentior* suponía responsabilidades adicionales

⁹⁸ FUERO JUZGO, *ibidem*.

⁹⁹ UYÁ, Jaime, *Fuero Juzgo o Libro de los Jueces*, Zeus, Barcelona, 1968.

¹⁰⁰ DE LARDIZÁBAL Y URIBE, Manuel, *Discurso sobre la legislación de los visigodos y formación del libro o Fuero de los jueces y su versión en latín y castellano cotejado con códigos antiguos de la RAE*, I. Ibarra, Madrid, 1815.

legales, que obligaba a los nobles con más rigor a la obediencia de la ley. La patria potestad se empieza a entender como función en lugar de poder.

3º-Eliminación por Chindasvinto de la regla general que apartaba a la mujer de la herencia que recaía en el lado paterno por derecho de troncalidad, estableciendo una equiparación de sexos para las herencias que pudieran recibirse. Aunque establece una equiparación de sexos para las herencias que pudieran recibirse, reconociendo su derecho a ser titular, en la realidad no podía ser más que usufructuaria de sus bienes inmuebles. Tal como apunta D'ORS¹⁰¹, el Código de Eurico recogía una limitación a los derechos de propiedad de las mujeres: no podían disponer de sus bienes heredados que se reservaban a sus hijos legítimos, quedando ellas solo con el usufructo. Pero también lleva a sus últimas consecuencias el Senadoconsulto Tertuliano, otorgando toda la herencia *ab intestato* del hijo, *padre defuncto* y sin hermanos, a la madre, frente al tío paterno del causante y su descendencia; es decir, con Eurico la madre excluye a los parientes agnados del *de cuius*. Esta es la denominada *luctuosa hereditas*.

4º- Resulta novedoso que la administración de los bienes de la esposa encomendada a su marido, necesitaba la autorización de la esposa para llevar sus asuntos a pleito.

5º- La mujer a partir de los 14 años podía ser testigo en un pleito.

6º- Tímida ampliación de la capacidad de obrar de la mujer para el desarrollo de su actividad comerciante.

3- SITUACIÓN JURÍDICA DE LA MUJER CASADA EN EL FUERO JUZGO

3.1- Efectos personales del matrimonio en el Fuero Juzgo

3.1.1-La regulación de la patria potestad en el Fuero Juzgo

En cuanto a la patria potestad y régimen de la mujer casada, venía recogido en el libro III: *De los casamientos é de las nacencias*.

¹⁰¹ D'ORS, Álvaro, *El Código de Eurico*, Estudios visigóticos II, Palingenesis, Madrid-Roma, 1960, Código de Eurico en su capítulo 327. Recoge BETANCOURT, Fernando, *Derecho Romano Clásico*. 3ª Edición, Universidad de Sevilla, 2007, pág. 525.

La nueva legislación rompe antiguas prohibiciones y establece que la mujer romana puede casarse con hombre godo y la mujer goda se puede casar con hombre romano, siempre que sean personas iguales por dignidad y por linaje¹⁰². No obstante, recogía la prohibición de que la hija se casara con persona distinta a aquella decidida por el padre. Si solo la madre daba el consentimiento en contra del padre, debía pagar una libra de oro a quien el rey mandara, en castigo, por contradecir al marido¹⁰³, de tal manera que, si la hija se casaba con una persona distinta de la que quería su padre, *ambos sean metidos en poder daquel*, refiriéndose al novio decidido por el padre.

Por tanto el consentimiento para el matrimonio de los hijos era del padre exclusivamente, salvo muerte del mismo, en cuyo caso sí podía la mujer casar a los hijos¹⁰⁴.

En caso de matrimonio, el procedimiento debía ser el que establece la ley VIII del Título II: el marido debía hablar primero con el padre; si éste consiente, debe entregar las arras, y si no, quedaba la mujer en poder del padre. Casarse contra su voluntad podía dar lugar a desheredación.

En cuanto a los hijos, la Ley III del Título IV Libro V, promulgada por el rey Rescindo, limitó la patria potestad paterna estableciendo la prohibición de vender a los hijos: *que los padres no puedan vender los fijos ni meter en poder dotri*, pues en otro caso, perdían el precio pagado. Pero fue Chindasvinto quien en el Libro VI Título III Ley VII manda a los jueces que impongan la pena capital contra los padres que cometieran infanticidio, y si el juez los dejara con vida, manda que *les sacaran los ojos*.

3.1.2- El adulterio

El Libro III Título II y IV ley II, *De los adulterios y fornicios*, regula el adulterio. La ley viene a concretar que la mujer que cometa adulterio con su siervo, deben ambos ser *foztigados antel iuez é quemados en el fuego*. Sin embargo, sí condena a ambos por igual en caso de que se tratara de adulterio de hombre o mujer con siervo ajeno, a recibir cien azotes cada uno, en el primer aviso, otros cien tras el segundo aviso y doscientos

¹⁰² FUERO JUZGO, Libro III, título I, Ley I, *ibidem*.

¹⁰³ FUERO JUZGO, Libro III, Título I ley II, *ibidem*.

¹⁰⁴ FUERO JUZGO, Libro III, título I, ley VIII, *ibidem*.

tras el tercer aviso. Después de estos avisos, el cónyuge infiel se convertía en siervo. También establece plano de igualdad entre el hombre y la mujer en cuanto a las consecuencias que produce el matrimonio entre la mujer (o el hombre) que fue sierva/o y es libre, pero se casa con siervo/a ajeno: pasan a convertirse en siervos del señor.

Toda la normativa sobre adulterio gira alrededor de la idea siguiente: el hombre no daña el honor de su esposa cuando comete adulterio; la mujer sí daña y destruye el honor de su esposo y por tanto debe ser castigada duramente. A lo largo de todo el título IV, trata el adulterio con detalle y toda clase de combinaciones (la mujer casada que hace adulterio, la mujer soltera, la que lo hace con el siervo o la que va a casa ajena) queda claro que regula el castigo a la mujer infiel y de paso al hombre que lo hizo posible. En ninguna de las leyes habla del adulterio del esposo. La potestad del padre sobre la hija llega al extremo de poder consentir que este mate a su hija si la sorprende en adulterio en su casa¹⁰⁵.

El legislador concreta que, si el marido mata a la mujer, al adulterador no se le juzgará por homicidio, pero no contempla el caso contrario. Pues cuando habla del posible adulterio masculino solo describe como culpable cuando se trata de violaciones *o fornizio por fuerza*. De hecho, admite la figura de la *barragana* y limita la posibilidad de adulterio con la mujer de su padre o hermanos en cuyo caso solo le castiga con el destierro. Y digo solo porque no es comparable este castigo con el que se impone a mujer por los mismos hechos: la muerte.

Si bien es cierto que la ley antigua permitía dejar o abandonar a la mujer sin razón alguna, el rey Flavio Rescindo, que se convirtió al catolicismo, introdujo como novedades título VI, ley II en la que viene a prohibir el divorcio (lo que se llamaba *partir* el matrimonio) salvo en caso de que la mujer cometa adulterio. De tal manera que, si el marido dejaba a su mujer sin escrito de partición y se casaba con otra, debía recibir cien azotes y ser desterrado para siempre.

El adulterio rompe los esponsales y disuelve el matrimonio¹⁰⁶. El ofendido podía castigar a la adúltera, junto con su cómplice a lo que estimara conveniente y recuperaba la donación que el hubiere entregado. La redacción ervigiana salva de la pena de muerte

¹⁰⁵ FUERO JUZGO, Tít. IV, ley V: *Si el padre mata la fiia que face adulterio en su casa del padre, non aya ninguna calonnani ninguna pena. Mas si non la quisiere matar, gaga della lo que quisiereé del adulterador, é sean en su poder.*

¹⁰⁶ *Antiqua* 3.4.2. *Si puella vel mulier disponsata adulterasse repperiantur.*

a los culpables, reducidos a servidumbre bajo el poder del perjudicado y cuando carecen de hijos legítimos, a éste pasan también los bienes de los adúlteros. Es la sanción que ya había establecido Chindasvinto para castigar el adulterio de la mujer.¹⁰⁷ En caso de que la adúltera tuviera hijos de un matrimonio anterior y otros engendrados por el marido al que es infiel, sus bienes se reparten entre ellos y el padre ofendido retiene durante su vida la porción correspondiente a sus propios hijos. Es posible que todo el caudal de la viuda se transmitiera al marido vitaliciamente, tal como apunta GACTO FERNÁNDEZ.

No hay sanción similar que castigue el adulterio del marido. Para que este perdiera sus bienes era necesario que abandonara a su mujer injustificadamente y la pérdida patrimonial solo afectaba a lo que hubiera donado con ocasión de la boda, es decir, la dote y además estaba obligado a resarcirla por cuanto hubiera defraudado o alienado mientras administraba sus bienes¹⁰⁸.

3.1.3- Derecho penal

El *líber* reconoce la capacidad de la mujer para realizar acusación del homicidio de su cónyuge, al igual que los castigos que viene a recoger a lo largo de las siguientes leyes que recogen posibles delitos cometidos por cualquiera.

Los libros VI a XII configuran leyes para la comunidad en general, relativas al interés común, sin discriminación, en la que se recoge una multiplicidad de actuaciones ilícitas (de los que dan hierbas, de los que cometen aborto, de los que cometen homicidio, de los robos, de los actos de los siervos sin autorización de su señor, etc). El libro último, sin embargo, se ocupa exclusivamente de los judíos, que venían siendo un problema grave tanto en España, como en el resto de Europa, por lo que se reguló con cierta severidad su vida y actividad.

3.2- Efectos patrimoniales *inter vivos* del matrimonio: la capacidad de obrar de la mujer casada en el Fuero Juzgo

¹⁰⁷ GACTO FERNÁNDEZ, Enrique, *La condición jurídica del cónyuge viudo en el Derecho visigodo y en los Fueros de León y Castilla*, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1975, pág. 145.

¹⁰⁸ *Antiqua* 3.6.1. Esta sanción es recogida de las leyes romanas. GACTO FERNÁNDEZ, Enrique, *ibidem*, pág. 146.

3.2.1- Las arras

El Libro IV, Título V Ley II regula la capacidad de disposición de la mujer sobre sus arras, estableciendo que, si no tiene hijos, tiene libre disposición, pero en caso contrario, no podrá donar a la Iglesia ni a ninguna otra cosa más de la cuanta parte del total y el resto debe ser para los hijos o nietos.

La posibilidad de heredar la mujer las arras, una vez muerto el marido, venía delimitada por el beso esponsalicio. Si hubo beso después de los esponsales y muere el marido, la mujer puede heredarlas. Pero si el marido moría sin haber dado a la mujer el beso esponsalicio, no podía esta heredar las arras y retornaban al padre. Sin embargo, si la que moría era la mujer, hubiera beso o no, los bienes entregados al esposo retornaban a los herederos de la mujer.

3.2.2-La posibilidad de ir a pleito y de ser testigos¹⁰⁹

El marido necesitaba la autorización de la esposa para llevar sus asuntos a pleito. La ley establecía la necesidad del mandato de ella; incluso establece la posibilidad de que la mujer deshiciera los compromisos adquiridos por el marido sobre sus bienes sin su consentimiento. La Ley XII¹¹⁰ establece la posibilidad de que la mujer fuera testigo en un pleito a partir de los 14 años.

3.3-Efectos patrimoniales *mortis causa* del matrimonio en el Fuero Juzgo: Los derechos sucesorios

3.3.1- La herencia y derechos sucesorios

El Libro IV viene a consagrar en su título II ley I que la hermanas tienen el mismo derecho a la herencia que los hermanos¹¹¹. Aunque la administración de los bienes recae

¹⁰⁹ FUERO JUZGO, Libro I, Tít. III, Ley VI, *ibidem*.

¹¹⁰ FUERO JUZGO, Libro I, Tít. III, *ibidem*.

¹¹¹ Llama la atención la Ley IX donde reconoce que la naturaleza hizo igual al hombre y la mujer para acceder al derecho sucesorio, pero en otras leyes no lo trata así: *La mujer debe venir egualmientre con sus ermanos á la buena del padre, é de la madre...Ca derecho es que aquello que natura fizo egualmientre parientes, egualmientre vengan a la buena*. La Ley I tit II Libro IV: *si el padre o la madre mueren sin*

en el marido, la mujer gozaba de cierta capacidad de disposición. Esta igualdad ha sido calificada como “asombrosa”¹¹² y muestra de ello era la posibilidad que tenía en Castilla de heredar y transmitir títulos nobiliarios. Igualmente, entre esposos, el marido debía heredar a la mujer y la mujer al marido.

Tal como afirma SEGURA GRAIÑO¹¹³, la mujer casada castellana ostentaba la propiedad de sus arras y dote, y además tenía derecho a la mitad de los gananciales, pero no tenía posibilidad de disponer de ellos o administrarlos hasta el día en que enviudaba. A partir de este momento, podía actuar en los asuntos económicos con entera libertad, salvo que volviera a contraer matrimonio.

GACTO FERNÁNDEZ¹¹⁴ viene a concretar que en caso de que la mujer recibiera los bienes de su marido por testamento, no los perdía por un segundo matrimonio; solo los perdía si los había recibido por sucesión legal o en caso de que, habiendo heredado por testamento, contrajera un segundo matrimonio deshonesto.

La diferencia entre la situación del viudo y la viuda se manifiesta principalmente en el supuesto de que ambos conserven el estado de tales: que el padre retenga todos los *bona materna* mientras los hijos no se emancipen puede explicarse, y ello es debido a que el padre conserva su patria potestad. Una vez emancipados su situación personal con ellos es similar al de la viuda. Pero el régimen jurídico de la cuota que retiene es distinto del establecido para regular la porción hereditaria de la viuda: mientras el viudo conservaba la posesión de un tercio o la mitad del patrimonio de su mujer (tercio o mitad que dependía del tipo de emancipación de los hijos), la cuota de viuda no era fija, ya que se determinaba en función del número de hijos vivos que concurrieran a la sucesión y sobre ella se le asignaba un estricto derecho de usufructo.

Otra diferencia matiza el derecho de la viuda frente al del viudo: el derecho de usufructo de la mujer viuda es una cuota hereditaria de la mujer que no puede mermarse mientras viva y cumpla los requisitos exigidos por la ley. Esta cuota hereditaria desaparecerá en

fabla, las ermanas deven aver egualmientela buena del padre con los ermanos. Fuero Juzgo RAE, *ibidem*.

¹¹² GALÁN, Mercedes, “Estudios jurídicos sobre el papel de la mujer en la Baja Edad Media”, *Anuario filosófico* 1993, Servicio de Publicaciones Universidad de Navarra, 2008, pág. 547.

¹¹³ SEGURA GRAIÑO, Cristina, *ibidem*, pág. 42.

¹¹⁴ GACTO FERNÁNDEZ, Enrique, *ibidem*.

la época postgótica cuando en régimen de comunidad familiar, resulta superflua y así lo acredita su ausencia en la mayor parte de los manuscritos del Fuero Juzgo¹¹⁵.

En el caso de las arras, tal como hemos comentado, la ley¹¹⁶ dispone que, si antiguamente la mujer podía hacer con ese patrimonio lo que quisiera, lo cierto es que algunas lo dejaban a extraños o bien a la Iglesia en su totalidad. Para evitar que esto ocurriera la ley viene a limitar esta libertad de disposición si la mujer tiene hijos: solo podrá disponer libremente de la cuarta parte y el resto corresponde a los hijos.

En cuanto a lo que da el marido a la mujer, no siendo las arras, podrá disponer de la quinta parte libremente, si tiene hijos. Si no los tuviere, podía disponer libremente de ese patrimonio, por supuesto siempre que no cometiera adulterio.

La capacidad de obrar de la mujer fue mejorando, pues tal como recoge HINOJOSA¹¹⁷, comienza el reconocimiento de un cierto grado de capacidad civil de la mujer dedicada al comercio, algunos cambios en el régimen de bienes de la sociedad conyugal favorables al crédito así como la admisibilidad y la práctica frecuente de las renunciaciones a los beneficios del derecho romano en favor de la mujer pero que consistían esencialmente en limitaciones a la capacidad de la mujer para obligarse como el *Senadoconsulto Velejano*, la *Auténtica si qua mulier* y la *Epístula Divi Adriani*.

3.3.2- El poder fáctico de la reina

En los estudios realizados por SEGURA¹¹⁸ sobre los poderes de la mujer en el reino visigótico, reconoce que en Castilla existía el derecho sucesorio al trono de la mujer y su participación en la política. No obstante, la reina visigótica no se contemplaba jurídicamente con específico papel institucional, sino solo como un problema de hecho

¹¹⁵ GACTO FERNÁNDEZ, Enrique, *Ibidem*, pág. 143. Recogiendo la misma opinión de OTERO VARELA, Alfonso, “El Código López Ferreiro del *Liber Iudiciorum*.”, Anuario de Historia del Derecho Español (AHDE), Tomo XXIX, Madrid, 1959, págs. 33, 41 y ss.

¹¹⁶ En el Libro IV, Título V Ley II. FUERO JUZGO, *ibidem*.

¹¹⁷ DE HINOJOSA Y NAVEROS, Eduardo, *Sobre la condición de la mujer casada en la esfera del Derecho civil*, Obras II, Ministerio de Justicia y Consejo Superior de Investigaciones científicas, Madrid 1905, págs. 343-385. Discurso leído en su recepción en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas de 26 de mayo de 1907.

¹¹⁸ SEGURA GRAÍÑO, Cristina, “Las mujeres y el poder en la España visigoda”, *Homenaje al profesor Juan Torres Fontes*, Universidad de Murcia, Secretariado de publicaciones e intercambio científico, Murcia, 1987, págs. 1593-1601.

al ser susceptible de erigirse en nudo de relaciones y maquinaciones políticas, tal y como afirma ORLANDIS¹¹⁹. Salvo algún caso de sucesión matrilineal al trono, como ocurrió en Asturias, Aragón y Portugal, es la obra legislativa de Alfonso X la que construye la primera teoría jurídica sistemática alrededor de la reina y de la sucesión al trono, dado que existía un ambiente patrilineal, tal y como apunta PÉREZ PRENDES¹²⁰. Es a partir de este momento cuando en el ámbito del Derecho público se opera el enorme poder de las reinas, compartiendo el poder real con sus maridos, detentándolo a su muerte como regentes o tutoras o transmitiéndolo a sus descendientes.

Las Abadesas constituyeron la figura femenina que, tal como señala GALÁN¹²¹, ostentaban el poder sobre su Abadía como auténticas señoras feudales. Tal como asegura ESCUDERO¹²², la reina debió desempeñar un papel singular. El influjo notorio de esas mujeres les permitió arbitrar no pocas discordias, tanto como orientadora ocasional de las directrices políticas de su marido, como es el caso de Gala Placidia con Ataulfo, como a la hora de destronamientos que concluían con la muerte del monarca. En tales casos, la reina viuda no resultaba marginada de la confrontación entre la oligarquía vencedora y vencida, sino que en algunos casos quedaron como cabeza visible de los *fideles* de su difunto marido, disponiendo de un notable poder fáctico que para quienes contraían ulterior matrimonio con ellas, lo que constituía una auténtica oferta política. De ahí la significación pública de las segundas nupcias en la pugna por el poder en la España visigoda¹²³.

3.2.3- El año de viudedad

En cuanto al plazo de un año antes del segundo matrimonio, el Libro IV, título II, ley I viene a recoger la obligatoriedad de respetar este plazo a la muerte del marido so pena

¹¹⁹ ORLANDIS, José, *La Iglesia en la España Visigótica y Medieval*, Euns, Pamplona, 1976.

¹²⁰ PÉREZ PRENDES, José Manuel, “La mujer ante el Derecho Público Medieval Castellano-Leonés. Génesis de un criterio”, en *La condición de la mujer en la Edad Media*, Casa de Velázquez, Universidad Complutense, Madrid, 1986, págs. 97 a 106.

¹²¹ GALÁN, Mercedes, “Estudios jurídicos sobre el papel de la mujer en la Baja Edad Media”, *Anuario filosófico* 1993, Servicio de Publicaciones Universidad de Navarra, 2008, pág. 541 y ss.

¹²² ESCUDERO, José Antonio, *Curso de Historia...Ibidem*, pág. 231.

¹²³ FUERO JUZGO, *Ibidem*. El Libro I Título I Ley XVIII viene a regular *el guanicimiento de la muller del rey et de sos fillos, que si por ventura avener que la nuestra reina muy gloriosa viver despois el principe é ficar vilva, et ovier del fillos, nengun omne por enveja nen por arte del diablo non osme de venir contra ellos en ninguna cosa...*

de perder la mitad de sus bienes, que irían a parar a los hijos si los hubiere o bien a la familia del marido. No prescribe lo mismo para el marido, ya que lo que pretende es asegurarse de la paternidad del niño si la mujer estuviera embarazada.

4-SITUACIÓN JURÍDICA DE LA MUJER EN LOS FUEROS MEDIEVALES

Los fueros constituyen la fuente por excelencia del Derecho medieval. El término fuero deriva del latín *forum*, palabra que entre otras cosas hace referencia al tribunal, a su jurisdicción y al modo de actuar del tribunal mismo.

La Reconquista fue una época caracterizada por la variedad legislativa debido a la diversidad de Fueros o Derechos locales. Durante los primeros siglos de la reconquista se aplicaba el derecho visigodo mayoritariamente. A través de los distintos fueros municipales aparecerán viejos principios germánicos que en la legislación visigótica no se recogían, pero habían permanecido latentes en la mentalidad del pueblo.

Si bien no se conocen las vicisitudes del Derecho visigodo durante el período comprendido entre la caída de la monarquía visigoda hasta la época de los fueros extensos, OTERO¹²⁴ supone que continuaría vigente la concepción visigoda sin detener su proceso evolutivo.

La invasión musulmana de la Península Ibérica supuso, en el plano jurídico, la ruptura de la unidad que, mediante el *Liber Iudiciorum*, se había conseguido en el reino visigodo, sin perjuicio de la eventual práctica de algunas costumbres diversas a las señaladas en dicho texto legal. El inicio de la reconquista del territorio peninsular, ocupado por los musulmanes tras la caída del reino visigodo, dio lugar a la formación de diversos reinos cristianos y la formulación en ellos de un nuevo Derecho, plural y diverso, caracterizado por tratarse, en general, de un derecho esencialmente local.

La reconquista solo podía llevarse a cabo repoblando las zonas conquistadas militarmente para luego seguir avanzando hacia el sur peninsular. Ello consistía en otorgar una serie de privilegios, con el fin de atraer pobladores para que se asentaran en áreas con un valor económico o estratégico. Los reyes cristianos y señores laicos y eclesiásticos de la Península Ibérica, aseguraban así las zonas fronterizas conquistadas,

¹²⁴ OTERO VARELA, Alfonso, *ibidem*, págs. 557-573.

revitalizándolas económicamente. Los documentos en que constaban tales privilegios y exenciones se denominaron cartas pueblas o cartas de población, *carta de populationis*.

Los Fueros municipales eran, según PÉREZ PRENDES¹²⁵ un conjunto de normas jurídicas que regulaban la vida local y las cargas y derechos de los vecinos y moradores concebidas como contraposición o complemento a los preceptos de Derecho general de ese país. El contenido jurídico de los Fueros es variado, pero a grandes rasgos se puede indicar que en ellos se regulan materias económicas, prestaciones al señor o al rey, Derecho público y administración de la ciudad, Derecho procesal, Derecho penal, Derecho militar y algo de Derecho privado. De ellos se desprende que la mujer medieval no participa en las decisiones políticas ni militares, salvo el caso aislado de algunas reinas, que no pasan de ser hechos puntuales. La actividad de la mujer se reduce a la casa y algo de comercio, agricultura, etc. *Fechos de poca importancia o mujeriles* es la expresión que utiliza el Fuero de Soria. (Art. 277).

En las Ordenanzas Municipales eran frecuentes las disposiciones que conciernen a las mancebas y prostitutas, así como los documentos de carácter económico, que no distinguían entre mujer honrada o no.

Aunque la mayor parte de los fueros españoles eran de origen real, los fueros de Aragón proceden de los usos y costumbres de los particulares, de las decisiones de los jueces, de las elaboraciones de los juristas y son aprobados posteriormente por el Rey con las Cortes. Tienen sus fueros un peso específico decisivo en su derecho actual, como señala DELGADO ECHEVARRÍA¹²⁶. Surge como rechazo al rigorismo del Derecho Romano, demasiado legalista, que deja poco margen a la libre actuación del ciudadano. Por el contrario en el derecho aragonés aparece el principio de libertad civil o *standum est chartae*¹²⁷ que significa que prevalece la carta, lo pactado, antes que el Fuero (la ley), adquiriendo un carácter paccionado propio de la mentalidad aragonesa: los Fueros son un límite al poder del Rey. Esta expresión en latín medieval ha llegado a ser el símbolo o emblema de todo el Derecho aragonés, que consiste en las facultades de los

¹²⁵ PÉREZ- PRENDES, José Manuel, *Historia del Derecho Español II*, Serv. Publicaciones Universidad Complutense, Madrid, 2004.

¹²⁶ DELGADO ECHEVARRÍA, Jesús, “Los Fueros de Aragón”. *Colección de Mariano de Pano y Ruata*, 13, Caja de Ahorros de la Inmaculada de Aragón, Biblioteca virtual de Derecho civil aragonés, Zaragoza, 1997, págs. 165 y 166.

¹²⁷ LACRUZ BERDEJO, José Luis, “El principio aragonés “*Standum est Chartae*” (Comentario al art. 3º de la Compilación)”, en *Anuario de Derecho Civil* (fascículo 1) Tomo XXXIX, en *Anuario de Derecho Civil*, Volumen 39, Número 3, La Rioja, 1986, págs. 683-762. Biblioteca virtual de Derecho Aragonés.

ciudadanos para darse a sí mismos las normas con las que quieren regular sus relaciones con los demás. Se ejercita esta libertad mediante pactos o contratos, en capitulaciones matrimoniales, o disponiendo unilateralmente en el propio testamento.

En Castilla existió un sistema judicialista, por lo que autores como Galo Sánchez afirman que Castilla vivió sin leyes hasta el SXIII, ya que eran los jueces o los reyes quienes creaban las normas jurídicas por libre albedrío a través de las llamadas *fazañas*. Así, GALO SÁNCHEZ¹²⁸ dice: “Castilla, tierra sin leyes, es la patria de *fazañas*, el país del Derecho libre”. Este sistema no logró sobrevivir, dados los abusos y desmanes que se produjeron en esos juicios de libre albedrío, aunque tal como añade ESCUDERO¹²⁹, también la aplicación del derecho escrito ha dado lugar a quebrantar la dignidad humana con absoluto refinamiento técnico y justificación “científica”.

4.1- Consecuencias jurídicas personales del matrimonio para la mujer medieval en los Fueros

La mujer casada no gozaba de capacidad plena. No podía responder ante la justicia por su marido. Solo podían responder por ellas mismas o por sus hijos en caso de quedar viudas.

4.1.1- La patria potestad: de la patria potestad del padre a la patria potestad del marido

En general aunque la legislación es diversa, tiene puntos comunes: no se contemplaba la posibilidad de una mujer sola. Vivían siempre bajo la tutela de un hombre; primero su padre y luego su marido, salvo aquellas mujeres que decidían ir al convento. Al contraer matrimonio pasaba de la patria potestad del padre a la patria potestad del marido sin expresar su opinión. El padre preparaba y pactaba la boda y la hija no tenía posibilidad de oponerse, pues en ese caso, perdía su herencia¹³⁰. En los Fueros de Valencia¹³¹ se

¹²⁸ SÁNCHEZ, Galo, “Para la historia de la redacción del antiguo derecho territorial castellano”, en *Anuario de Historia del Derecho Español* (AHDE), Tomo VI, Barcelona, 1929, págs. 260-328.

¹²⁹ ESCUDERO, José Antonio, *Curso de historia...Ibidem*, pág. 408.

¹³⁰ Fuero de Úbeda, Título IX, Ley III, pág. 264 y XXXI, pág. 311. PESET REIG, Mariano, GUTIÉRREZ CUADRADO, Juan, TRENS, J. Fuero de Úbeda, Valencia, 1978. Recogido en SEGURA GRAÑO, Cristina, “Situación jurídica y realidad social de casadas y viudas en el medievo hispano (Andalucía)”, dentro de *La condición de la mujer en la Edad Media*, Coloquio hispano-francés, Casa de Velázquez, Madrid, 1986, págs. 124 y 125. Los fueros de Andalucía eran heredados de otros fueros

reconocía expresamente la patria potestad de la mujer sobre los hijos al faltar el marido. No parece lógico que primero se le considere incapaz y luego devenga capaz por la muerte del cónyuge.

Tanto en el Fuero de Sevilla como en el Fuero Real, los parientes no imponen el marido a la mujer; pero para contraer matrimonio, sí se necesitaba el consentimiento familiar, perdiendo la herencia si no contaban con la autorización del padre, hermano u otro pariente¹³².

En cuanto a la responsabilidad de los padres por los delitos cometidos por los hijos si éstos fueran insolventes, algunos Fueros contemplaban al marido y la mujer con idéntica responsabilidad¹³³.

Podemos decir que en el Fuero de Úbeda, al igual que en el de Cuenca, la mujer casada se contempla como totalmente sometida al marido, carente de iniciativa y con responsabilidades, pues tiene la misma responsabilidad pecuniaria con respecto a los hijos, pero no se contempla la posibilidad de contraiga una deuda o sea aval de alguien pues su tratamiento jurídico es igual o equiparable al de un menor bajo la tutela de sus padres¹³⁴. La viuda tenía una situación algo más llevadera, puesto que podía administrar sus bienes y vivir sin la tutela del varón mientras crecían sus hijos o contraía matrimonio.

Llama la atención el Fuero de Aragón por cuanto a la patria potestad se refiere, pues tal

castellanos, son fueros familia del de Cuenca o Toledo, por lo que toda la Corona de Castilla tenía unos fueros parecidos, sobre todo en lo que al tratamiento de la mujer se refiere. SEGURA GRAIÑO, Cristina, *Ibidem*, pág. 124.

¹³¹ LÓPEZ ELUM, Pedro y RODRIGO LIZONDO, Mateu, “La mujer en el Código de Jaime I en los Furs de Valencia”, Actas de las Segundas Jornadas de Investigación Interdisciplinaria organizadas por el Seminario de Estudios de la mujer de la Universidad Autónoma, *Mujeres Medievales y su ámbito jurídico*, Madrid, 1983, págs. 125 a 135. Citado por IRADIEL, Paulino, “Familia y función económica de la mujer en actividades no agrarias”, dentro de *La condición de la mujer en la Edad Media*, Coloquio hispano-francés, Casa de Velázquez, Madrid, 1986, pág. 223.

¹³² MOLINA MOLINA, Ángel Luis, “La mujer y el matrimonio en la baja Edad Media Murciana”, *Homenaje al Profesor Juan Torres Fontes*, Vol. II, Editum. Murcia, 1987, pág. 1103 y 1104.

¹³³ Fuero de Úbeda. Título XXI, Ley V, págs. 287-289. Recogido en SEGURA GRAIÑO, Cristina, *ibidem*, pág. 126.

¹³⁴ Fuero de Úbeda. Título XL, págs. 337-39. Recogido en SEGURA GRAIÑO, Cristina, *ibidem*, pág. 126.

y como recoge LACRUZ¹³⁵, “nunca hubo en Aragón patria potestad” (en su sentido propio, como poder del *paterfamilias*), y así lo recogen expresamente las Observancias, lo que facilitó la regulación de la protección de los menores en razón de la edad, combinada con una autoridad familiar ejercida siempre en interés de los hijos. La Junta de Parientes, nacida de la costumbre, era la que tomaba las decisiones. Tal y como recoge BERNAD MAINAR¹³⁶, constituyen la Junta, normalmente, dos parientes idóneos, uno por cada línea o grupo familiar.

En Cataluña el Código visigodo, había continuado siendo la ley vigente, aún mucho después de la expulsión de los sarracenos, más llegó el caso en que hubo necesidad de añadir y aumentar sus disposiciones para amoldarlas a las nuevas costumbres que se habían introducido, especialmente desde la venida al país de gran número de extranjeros, con objeto de ayudar a los naturales en la obra de la Reconquista. Aspiraban pues, tal como defiende BONNASSIE¹³⁷ a renovar el Derecho, no simplemente a reproducir el derecho gótico, aunque tampoco se trataba de cambiarlo por completo. No fue por tanto un sustituto, sino un complemento y adecuación a las nuevas circunstancias. Esta fue la causa que obligó a Don Ramón Berenguer de publicar los primeros *Usatges* o Usajes, a fin de terminar con ellos los muchos litigios y cuestiones que se suscitaban, para cuya decisión no eran suficientes las antiguas leyes. Se escribieron primero en latín y no se tradujeron al catalán hasta el año 1443 y ésta traducción forma parte de las Constituciones de Cataluña. Esta obra trataba de las relaciones entre los señores y vasallos, del modo de proceder en sus juicios, de las pruebas, de las obligaciones con el príncipe. Pero no hace mención a las mujeres.

4.1.2- La honra de la mujer medieval

Tras la boda, la mujer recibe la misma honra y goza de los mismos privilegios que corresponden a la categoría social del marido¹³⁸; en el caso de que este se muriera o se

¹³⁵ LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*. Diputación General de Aragón, Zaragoza, 1988.

¹³⁶ BERNARD MAINAR, Rafael, “Naturaleza y fundamento de la Junta de Parientes en el Derecho Civil aragonés”, en *Revista de Derecho civil aragonés*, Año II, Núm. 2, Zaragoza, 1996, Copia digital 2002 en Biblioteca virtual de Derecho aragonés, págs. 49-60.

¹³⁷ BONASSIE, Pierre, *Cataluña mil años atrás. (Siglos X y XI)*, Edicions 62, Barcelona, 1988.

¹³⁸ SEGURA GRAIÑO, Cristina, *Ibidem*. Citada por MOLINA MOLINA, Ángel Luis, *ibidem*, pág. 1106.

marchara (cosa bastante frecuente) la viuda o la esposa abandonada tenía el derecho a permanecer sola administrando el patrimonio familiar.

Durante la Edad Media, el hombre tenía la necesidad de estar casado para ser poblador y vecino. Por esta razón la mujer resultaba imprescindible para el hombre que quisiera gozar de los privilegios de poblador¹³⁹. No obstante, la “honra” de la mujer medieval es un aspecto que cabe destacar, ya que no se entendía que la mujer fuera honrada por sí misma, sino que esta les venía del hombre bajo cuya tutela se encontraran (padre o el marido). Una mujer sola se consideraba no honrada. Tal y como afirma SEGURA GRAIÑO¹⁴⁰, toda mujer debía estar bajo la protección de un hombre que le proporcionara la honra que no tienen por sí mismas. Así en los matrimonios desiguales, la mujer casada con un noble, se ennoblecía, pero en el caso contrario, la mujer perdía su categoría.

En la Edad Media, las leyes no se dictaban para todas las mujeres, sino únicamente para aquellas que tenían honra. Existía un grupo muy numeroso de mujeres no honradas: prostitutas, barraganas, mancebas...que no gozaban de los beneficios que la ley o los fueros les proporcionaba. Los hombres que insultaban a las mujeres o les daban malos tratos o que se atrevieran a quitarles la ropa, eran castigados; pero tal y como afirma SEGURA GRAIÑO¹⁴¹, solo se castigaba al hombre si la mujer era decente y honrada. Si la mujer no era honrada, el hombre podía hacerle libremente las vejaciones que quisiera sin castigo.

La violación de una mujer casada se castigaba con la hoguera, mientras que la de una soltera se castigaba con trescientos sueldos¹⁴². Esta diferencia se debe, tal y como apunta SEGURA GRAIÑO, no a una mayor consideración de la mujer casada sino hacia el honor del marido, mientras que la soltera violada podía acabar como esposa del violador. Para imponer el castigo al violador, se debía probar que no existió el más

¹³⁹ Así lo recogen los Fueros, tal como expresa MOLINA MOLINA, Ángel Luis, *ibidem*, pág. 1104.

¹⁴⁰ SEGURA GRAIÑO, Cristina, *La condición de la mujer en la Baja Edad media*, Actas del coloquio celebrado en la Casa de Velásquez 5-7 noviembre, Madrid, 1984.

¹⁴¹ SEGURA GRAIÑO, Cristina, “Aproximación a la legislación medieval sobre la mujer andaluza: el Fuero de Úbeda”, en *Mujeres medievales y su ámbito jurídico*, Jornadas de Investigación interdisciplinaria sobre la mujer, Seminario de Estudios de la mujer, Universidad Autónoma de Madrid, 1990, pág. 87-94.

¹⁴² Fuero de Úbeda. Título XXVIII, págs. 300-301. Recogido en *El Trabajo de las mujeres pasado y presente*, Actas del Congreso Internacional del Seminario de Estudios Interdisciplinarios de la mujer, Diputación Provincial de Málaga, 1996, pág. 188 y ss.

mínimo consentimiento de la mujer, pues de ser así ya no hubiera sido violación sino adulterio y el castigo sería para ella.

El adulterio era un delito exclusivamente femenino, en el sentido de que es la mujer quien mancilla el honor del marido. Si el marido mantenía relaciones fuera del matrimonio, no se entendía que fuera una deshonra para la mujer, pues como hemos dicho la mujer no tenía honra, sino que se la proporcionaba su marido. Primero se analizaba si era soltera, en cuyo caso no ocurría nada; y luego si era casada, en cuyo caso era necesaria la denuncia del marido. Si el marido sorprendía a la mujer en adulterio, podía matarla, pues se entendía que era propiedad de su marido. Si el hombre con el que lo había hecho era judío o moro, entonces se entendía que ambos debían ir a la hoguera. La simple duda del marido hacia la mujer no se despejaba con la palabra de ella, sino que los fueros imponían la necesidad del testimonio de doce mujeres para quedar libre de culpa¹⁴³.

En cuanto a la barraganía estudiada por GACTO FERNÁNDEZ¹⁴⁴, era una relación extramarital o entre un hombre y una mujer soltera, de carácter estable que quedaba constituida de facto con la simple convivencia y la intención de las partes de no contraer matrimonio. PASTOR¹⁴⁵ lo define como la unión de solteros o viudos disoluble, fundada en la voluntad de las partes o en el sometimiento de la mujer por pobreza.

El mismo autor afirma que su regulación aparece por primera vez en el Fuero Viejo de Castilla, llamándola también manceba o concubina. Algunas disposiciones de Concejalías reconocían ciertos efectos jurídicos al cabo del segundo año de relación, parecidos a la mujer legítima, si se constituía la barragana por declaración pública o por escrito. Pero para ello era condición indispensable no estar unido en vínculo matrimonial simultáneo. La barragana era de carácter monogámico, y solo podía tener tal condición la mujer que se tenía a la vista de la comunidad, públicamente y en la

¹⁴³ Fuero de Úbeda. Título XI, Ley III, Págs. 304-5. Recoge la figura de la *compurgación*: *á las mujeres acusadas se concedía tener compurgadoras o compurgatrices (...) la mujer acusada de (...) podía defenderse con la declaración jurada en su favor de otras doce mujeres*. Así lo recogen el Fuero de Cuenca, el de Úbeda y el de Castilla. ALCALÁ GALIANO, Antonio, *Historia de España desde los tiempos primitivos hasta la mayoría de la Reina Isabel II redactada y anotada con arreglo a la que escribió en inglés el doctor Dunham*, Tomo III, Sociedad Literaria y Tipográfica, Madrid, 1846, pág. 285.

¹⁴⁴ GACTO FERNÁNDEZ, Enrique, *La filiación no legítima en el Derecho Histórico español*, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1969.

¹⁴⁵ PASTOR, Reina, “Sombras y luces en la historia de las mujeres medievales”, en *Tópicos y realidades en la Edad Media*, Vol. II, Real Academia de la Historia, Madrid, 2002, pág. 202 y ss.

propia casa. Junto a las barraganas existían las *mundarias* que eran un concepto distinto: más recatadas y de menor amplitud de libertad sexual, que eran convencidas y utilizadas por las alcahuetas.

El tratamiento para las mujeres es semejante en toda la Corona de Castilla, y la Corona de Aragón, en líneas generales, tal y como afirman las Conclusiones de las Jornadas de Investigación Interdisciplinaria sobre la mujer¹⁴⁶, pues tenían un derecho supletorio aplicable común, el *ius commune*. En cuanto a la forma de vestirse estaba castigado ponerse la ropa del sexo opuesto, y las ordenanzas castigaban igual a los hombres que se vestían de mujer que a las mujeres que se vestían de hombre, tal y como recogen las Ordenanzas de Huelva¹⁴⁷.

De las Ordenanzas Municipales y de los documentos económicos se desprende que eran frecuentes las disposiciones que conciernen a las mancebas y prostitutas y que no prestan atención al estado civil de las mujeres y que tampoco se hacían diferencias. Las discriminaciones tan profundas entre el hombre y la mujer medieval vienen dadas por razones de ámbito político, no económico. Pensemos que la mayor parte de la población era pobre y vivía del campo, la artesanía o el comercio, actividades que las mujeres desempeñaban, sobre todo teniendo en cuenta que muchos de sus maridos se dedicaban a la guerra o bien morían en el campo de batalla. En las Ordenanzas Municipales que se referían a la organización y gobierno de la ciudad, no aparece ninguna disposición que haga referencia a las mujeres, de lo que se deduce que la mujer no participaba en la vida municipal. Así, las Ordenanzas de Palos de la Frontera¹⁴⁸ concretan que la mujer no podía tener puestos en el Concejo, pero sí transmitir la categoría de vecino a un forastero por matrimonio¹⁴⁹. Otro tipo de Ordenanza Municipal, eran aquellas que contenían cuestiones de orden público. En estas sí se encontraban disposiciones parecidas para hombres y mujeres. Así las Ordenanzas de Córdoba¹⁵⁰ establecían que

¹⁴⁶ Jornadas de Investigación Interdisciplinaria sobre la Mujer...*Ibidem*.

¹⁴⁷ GONZÁLEZ GÓMEZ, Antonio, *Ordenanzas municipales de Lepe*, Título XXVI, Ley 10, Instituto de Estudios Onubenses Padre Marchena, Huelva, 1982, pág. 92.

¹⁴⁸ GONZÁLEZ GÓMEZ, Antonio, *Ordenanzas de Palos de la Frontera. (1484-1521). Historia. Instituciones. Documentos.3*, Instituto de Estudios Onubenses Padre Marchena, Huelva, 1976, págs. 247-280.

¹⁴⁹ GONZÁLEZ GÓMEZ, Antonio, *Ordenanza de Palos de la Frontera nº 2º y 3º*, *Ibidem*, pág. 275.

¹⁵⁰ GONZÁLEZ GÓMEZ, Antonio, *Ordenanzas de Córdoba. Historia Instituciones y documentos*. Instituto de Estudios Onubenses Padre Marchena, Huelva, 1975. En el mismo sentido los Fueros de Sevilla y el Fuero Real. MOLINA MOLINA, Ángel Luis, *ibidem*, pág. 1106.

las mujeres casadas deben tener la misma categoría social y gozar de los mismos beneficios que corresponden al marido.

Los Fueros de Andalucía eran heredados de los Fueros castellanos. Son Fueros de la familia del de Cuenca o del Fuero de Toledo; por ello la legislación es muy parecida en Andalucía y los Reinos Castellanos. Igualmente en Murcia, a pesar de que Alfonso X le otorgó el Fuero de Sevilla, en realidad se aplicó el Fuero Real¹⁵¹.

Llaman la atención en Cataluña los llamados *malos usos*¹⁵², que tal y como recoge PUJADES funcionaban como derechos de justicia; concretados en seis puntos, de los que sacamos dos que vienen al caso, comentados por TO FIGUERAS¹⁵³. La *cugúcia* según la cual el señor recibe la tercera parte de los bienes del campesino si su mujer comete adulterio, y la llamada *ferma d'expoli forçada* por la que el señor adquiere el derecho a la primera noche con la novia tras la boda o recibe una cantidad si se produce la boda de la hija del campesino.

4.1.3- El derecho de Pernada o Ius primae noctis

¹⁵¹ MOLINA MOLINA, Ángel Luis, *ibidem*, pág. 1103.

¹⁵² PUJADES, Gerónimo, *Crónica Universal del Principado de Cataluña*, Primera partep Tomo IV, I. J. Torner, Barcelona, 1832, pág. 333 y ss. “Muerto el rey francés Carlo Magno los moros volvieron a oprimir tanto a los cristianos que fue necesario consentir que cobraran tributos. Los “malos usos” eran los tributos y servicios que hacían y pagaban los vencidos cristianos a los vencedores moros. Cuando los conquistadores cristianos comenzaron la Reconquista, requerían a muchos de los cristianos que estaban en servidumbre de los moros que se alzaban contra sus señores. Algunos respondieron, pero otros no. Aquellos que no respondieron, no se libraron de las servidumbres ni impuestos que ahora tuvieron que prestar y pagar a los cristianos. A estos se les denominó *Pagesos o Vasalls de Remensa*. Estos se alzaron contra los Barones y Señores de Cataluña contras los “malos usos”, lo que dio lugar a la Sentencia arbitral de D. Fernando el Católico dada en Guadalupe el 21 de abril de 1468, donde declaró que no se prestasen más y menos si eran contra conciencia; en su lugar los señores solo recibirían seis dineros por cada mal uso. Los malos usos eran seis: *remensa personal* (el súbdito no podía irse a vivir a otro lugar dejando a su señor, salvo pago), *Intestia* (si el súbdito moría sin hacer testamento, el señor tomaba la tercera parte de los bienes del difunto), *Cugucia* (si una mujer casada con súbdito cometía adulterio se llamaba *cugus* al marido y la mujer perdía su dote y sus bienes), *Xorquia* (o Exorquia, si el súbdito moría intestado sin haber tenido hijos-eso significa exorch, estéril-el señor heredaba como si fuera hijo), *Arcia* (de ab arcendo: sacar por la fuerza una cosa de un lugar a otro. Se refería a tomar por amas de leche para sus hijos las mujeres de sus vasallos, con paga o sin ella, aunque fuese contra la voluntad del vasallo) y *Firma de Spoli forçada* (cuando se casaba el súbdito, el señor, como pago de prestar su consentimiento o firma que hacía en el contrato de matrimonio, se acostaba la primera noche con la novia, antes que el novio. Si el señor no quería usar este derecho, una vez metida la novia en la cama, el señor pasaba el pie por encima en señal de su señorío).

¹⁵³ TO FIGUERAS, Lluís, “Drests de jutícia i masos: hipòtesis sobre els orígens de la pagesia de remença”. *Revista d'Historia Medieval*. N° 6. (Ejemplar dedicado a: La Mediterrània i la idea d'Europa: Espais, cultures, intercanvis i èlits en el trànsit de l'edat mitjana a la moderna), Dialnet. Girona, 1995, págs. 141-152.

Es un derecho feudal que teóricamente establecía la potestad señorial de tener relaciones sexuales con toda doncella, sierva de su feudo, recién casada con otro siervo suyo. Este presunto derecho tuvo vigencia durante la Edad Media de Europa occidental.

Lo más probable, según BARROS¹⁵⁴ es que el *Ius primæ noctis*, tal como se entiende hoy día, es el resultado de la interpretación tendenciosa que hicieron los Ilustrados a fines del siglo XVIII para desprestigiar a la nobleza, al tiempo que reclamaban la desaparición de todos sus privilegios. Todo parece apuntar a que este mito surgiría al unir dos fenómenos diferentes. Por un lado, el siervo necesitaba el permiso de su señor para casarse (o, en su caso, para casar a sus hijas), para lo cual debía, cuando menos, pagar un tributo. Concretamente, en Inglaterra y Gales se denominaba *Merchet*; en Francia, *Formariage*, y en Cataluña la *Ferma del Spolii* de los Remensas.

En opinión de PUJADES, el origen de este derecho se encuentra en los “malos usos” heredados de servicios e impuestos que los cristianos prestaban o pagaban a los moros durante la época de dominio musulmán.

Tal como indica HINOJOSA¹⁵⁵, éste impuesto a menudo iba acompañado de una ceremonia quizás como la que se describe en la Sentencia arbitral de Guadalupe¹⁵⁶ (1486): *La noche de bodas, que la mujer será echada en la cama y [el señor] pasará por encima de aquella la dicha mujer*. Pero condena los hechos prohibiéndolos, de lo que se deduce que ocurrían: *ni tampoco puedan [los señores] la primera noche quel payés prende mujer dormir con ella o en señal de senyoria*¹⁵⁷. Este texto viene

¹⁵⁴ BARROS, Carlos, “Rito y violación: el derecho de pernada en la Edad Media”, en *Actas de las Primeras Jornadas de Historia de las Mujeres*, 28 y 29 de agosto de 1991, Universidad de Luján, Argentina, págs. 306-323.

¹⁵⁵ DE HINOJOSA Y NAVEROS, Enrique, *El régimen señorial y la cuestión agraria en Cataluña durante la Edad Media*, Suárez, Madrid, 1905, pág. 367.

¹⁵⁶ Sentencia Arbitral de Guadalupe. Resolución dictada por Fernando II de Aragón el 21 de abril de 1486 mediante la cual ponía fin al conflicto secular entre señores feudales payeses, agricultores y ganaderos del Reino de Aragón, presionado por la reciente guerra civil de Cataluña (1462-1472), con el fin de acabar con los Malos Usos. DE HINOJOSA, Enrique, *ibidem*.

¹⁵⁷ *...ni tampoch pegan la primera nit que lo pages pren muller, dormi ab ella; ó en señal de senyoria la nit de las bodas, apres que la muller será colgada en lo llit, pasar sobre la dita muller*. (Ni tampoco puedan la primera noche que el labrador o Pagés toma mujer, dormir con ella; o en señal de señoría la noche de bodas después que la mujer estará tapada en la cama pasar sobre dicha mujer). Sentencia Arbitral de Guadalupe. PUJADES, Gerónimo, *ibidem*, pág. 336.

rubricado por Fernando el Católico, que acabó con todos los demás Malos Usos al firmarlo en 1486, tal como recoge Vicens Vives¹⁵⁸.

La institución del matrimonio canónico entre siervos feudales fue reconocida bastante tarde, en el siglo XII. A partir de este reconocimiento del matrimonio canónico para los siervos feudales, las cosas comienzan a cambiar. Los abusos señoriales van perdiendo la aceptación social, los campesinos toman conciencia de su dignidad personal y de que ésta no es patrimonio de la nobleza. Por eso, los abusos sexuales, además de crímenes, comienzan a considerarse afrentas muy graves y, lógicamente, desembocan en revueltas populares contra el señor. Entre las rebeliones campesinas más conocidas y dilatadas está la de los Campesinos de Remensa en Cataluña (entre 1440 y 1486), los cuales hacen una relación de agravios entre los que figuran los abusos sexuales. La huida o la liberación de remensas a causa del abuso de sus señores dieron lugar a la fundación de villas libres, como es el caso de Villanueva y Geltrú (Barcelona)¹⁵⁹.

En Castilla también hay ejemplos concretos en los que los Malos Usos van unidos a los abusos sexuales. Los vecinos de Benavente se quejaron contra los abusos de su conde, Don Juan Alfonso Pimentel, desde 1398. El concejo envió un informe al rey Enrique III señalando la falta de respeto a los fueros de la villa, nombrando oficiales, monopolizando ventas y cobrando gabelas inusitadas, junto a ello, añaden que el citado conde *tenía consigo en la dicha fortaleza algunos criados e parientes suyos y les consentían que matasen ombres y llevasen mujeres casadas e que matasen después aquellos que las llevaban a sus maridos e por aquella cabsa en la dicha villa se han desfecho ocho o nueve casas de oficiales*¹⁶⁰.

Otros autores¹⁶¹ han visto el origen del derecho de pernada en el Libro de Tobías que recomendaba la abstención de recíproco acceso en las tres primeras noches de recién casados. Entiende que no era un derecho en forma deshonesto sino una indemnización en dinero, quizá redentora del deber que en algunos países tenían los maridos, de no

¹⁵⁸ VICENS VIVES, Jaime, *Historia de la Remensas (en el S.XV)*, Vicens Vives, Barcelona, 1978, pág. 342.

¹⁵⁹ MONSALVATGE I FOSAS, Francesc, *Els remences*, Palafrugell, Barcelona, 1908.

¹⁶⁰ BARROS, Carlos, *ibidem*.

¹⁶¹ LÓPEZ SÁNCHEZ, Pedro, *Elementos de Derecho Internacional Público*, I. de la Revista de Legislación, Madrid, 1866, pág. 349 y ss.

dormir con las mujeres con quien se habían casado las tres primeras noches, sin licencia del obispo o del señor feudal. Personalmente, no creo fundada esta teoría.

Mucho se ha discutido sobre la existencia o no real de esta institución por cuanto no aparecen en los documentos oficiales generados por los señores o los mismos payeses (pergaminos, registros notariales, capítulos matrimoniales, donaciones de dotes, etc); tan solo aparecen en los comentaristas legales. Por ello, Pons i Guri¹⁶² afirma que la firma “no era un mal uso propiamente dicho” y que la firma no se hacía constar su pago obligatorio en los documentos dotalés ni en las capitulaciones. En el mismo sentido se expresa FREEDMAN¹⁶³ cuando afirma que la *firma d’espoli forçada* raramente aparece en la documentación rutinaria. Según se aprecia en un estudio reciente de los libros de cuentas de los pabordes de *L’almoina del Pa de la Seu de Girona* se encuentran claramente expresados, todos los pagos que esta institución recibía de sus hombres y mujeres, propios o de las personas vinculadas a su dominio y por tanto de las cantidades recibidas en concepto de firma de *spoli forçada*. En el manual de cuentas aparecen más de 420 pagos en éste concepto desde el año 1331-1332 a 1451-1452. Se trataba de una cantidad que tenían que pagar los remenses cuando se casaban con una mujer de otro señorío para garantizar que si por cualquier razón, la mujer que venía de fuera tenía que recuperar la dote, las propiedades, posesiones y tierras del señor feudal, no sufrirían ninguna alteración. En la documentación aparecen con el nombre: “*firma d’esponsalici, obligació de nocés, firma de dot*, o solo *firma*” y se escriben tanto en latín como en catalán¹⁶⁴.

Podemos concluir que el derecho de pernada, el *ius prima nocti*, la *firma d’espoli forçada*, *formariage*, *merchet*, etc., eran un impuesto o cantidad de dinero que pagaba el esposo con causa en su matrimonio, a cambio de la firma del señor feudal. No era un derecho en el sentido jurídico de la palabra, recogido en una norma escrita, y que en ocasiones aisladas o poco frecuentes se convirtió en un abuso, que ocurrió efectivamente, por algunos señores feudales sobre mujeres de su feudo, y cuyas prácticas fueron definitivamente prohibidas por el rey Fernando tras las Sentencia

¹⁶² PONS I GURI, Josep María, “Relació jurídica de la remença i els mals usos a les terres gironines.” *Revista de Girona*, 118, Girona, 1986, pág. 436 a 443 y pág. 441-442.

¹⁶³ FREEDMAN, Paul, *Els orígens de la servitud pagesa a la Catalunya Medieval*, Eumo, Vic, 1993, pág. 37. Cita en *Les firmes d’espolis forçades*.

¹⁶⁴ LLUC Y BRAMÓN, Rosa, “Els remences de l’Almoina del Pa de la Seu de Girona (S. XIV i XV)”, *Studia històrica, Historia Medieval*. N° 25, Universidad de Gerona, 2007, págs. 286-290.

arbitral de Guadalupe de 1486.

4.2- Consecuencias patrimoniales *intervivos* del matrimonio en los Fueros

Tal como afirma SEGURA GRAIÑO¹⁶⁵, la mujer casada ostentaba la propiedad de sus arras y dote, y además tenía derecho a la mitad de los gananciales, pero no tenía posibilidad de disponer de ellos o administrarlos hasta el día en que enviudaba. A partir de este momento, podía actuar en los asuntos económicos con entera libertad, salvo que volviera a contraer matrimonio. El padre preparaba y pactaba la boda y la hija no tenía posibilidad de oponerse, pues en ese caso, perdía su herencia¹⁶⁶.

El matrimonio se presentaba como una relación de carácter económico, por lo que la mayor parte de las disposiciones matrimoniales versan sobre los bienes económicos que median en él. El novio aportaba las arras para la novia y ella una dote. Ambos bienes permanecerán intactos durante el matrimonio, pues eran considerados un seguro de supervivencia de la mujer y los hijos en caso de viudedad. Ella podía usufructuar los bienes, pero nunca disponer de ellos. En caso de volver a casarse, perdía ese usufructo que pasaba bien a la familia del marido si no tuvo hijos, bien a los hijos directamente.

Existía separación de bienes para aquellos matrimonios que ambos aportaban bienes al matrimonio y régimen de gananciales para los que se adquirían constante matrimonio. Leyes de las Cortes castellanas aumentaron la capacidad de disposición de sus bienes a la mujer por caer en desuso la norma visigoda que obligaba a conservarlos para los hijos. También la sociedad de gananciales pasaba a ser un régimen económico en el que los bienes se repartían exactamente en dos mitades. Para HINOJOSA¹⁶⁷, el sistema de gananciales puede ser anterior a Chindasvinto, época en la que existía la costumbre de entregar a la mujer como dote la mitad de los bienes del marido, no solo de los bienes presente sino también de los bienes futuros, asociando así a la mujer a las ganancias futuras de la sociedad conyugal y se obligaba a compartir con ella los incrementos que experimentara su patrimonio. No se exige en los fueros formalidades para la constitución del régimen de sociedad ganancial lo que parece probar su arraigo como práctica consuetudinaria y su vinculación al sistema arrial al que complementa, según se

¹⁶⁵ SEGURA GRAIÑO, Cristina, *La condición de la mujer...Ibidem*.

¹⁶⁶ Fuero de Úbeda, Título IX, Ley III, pág. 264. Recoge SEGURA GRAIÑO, Cristina, *ibidem*.

¹⁶⁷ HINOJOSA, Enrique, *La condición civil de la mujer...Ibidem*, pág. 527.

comprueba en Fueros como el de Salamanca o el de Ledesma, y no por falta de normativa reguladora del pacto de gananciales ya que para la constitución del régimen de unidad de bienes sí se exigían formalidades, por lo que se supone que la regla general eran los gananciales¹⁶⁸.

Si el marido cometía un delito, se entendía que la mitad de los bienes de ambos cónyuges quedaban a disposición de la justicia y la otra mitad de los bienes gananciales a disposición de la mujer¹⁶⁹. Ella respondía de las deudas que contraían su marido y sus hijos, pero no se contemplaba la posibilidad de que ella contrajera una deuda o aval de alguien¹⁷⁰. En el Fuero de Sevilla¹⁷¹, la mujer no se hace responsable de los delitos de su marido. Igualmente, en el Fuero de Alba de Tormes¹⁷².

Del contenido de las Ordenanzas Municipales podemos conocer la participación de la mujer en la vida económica. En los libros de repartimiento andaluces encontramos que un 2,1% del total de pobladores eran mujeres. Si bien es cierto que no concreta el estado civil de esas mujeres, probablemente no fueran casadas, pues si lo hubieran sido, se lo hubieran dado al marido.

Las obligaciones de los pobladores eran la defensa del territorio con armas y trabajar la tierra. Es posible que fueran viudas con hijos cuyos maridos habían muerto defendiendo al rey. Durante la Reconquista, la tasa de mortalidad era altísima debido a la lucha contra los moros.

Tal y como afirma SEGURA GRAIÑO¹⁷³, en los documentos sevillanos aparecen un número considerable de donaciones, compras y ventas en las que actúan en primera

¹⁶⁸ GARCÍA ULECIA, Alberto, *El régimen económico del matrimonio en los derechos locales leoneses*. Índice nº9, Universidad de Sevilla 1982 pág. (15) 179. El régimen de unidad de bienes era un pacto entre los cónyuges vinculado al régimen de gananciales y que viene a modificar éste en el sentido de que en virtud de dicho pacto los cónyuges se comprometían mutuamente a ceder todos sus bienes al que sobreviviera con la condición de que el sobreviviente permaneciera viudo, pág. (27) 191. Dialnet. Rioja. es.

¹⁶⁹ Fuero de Úbeda. Título XXXII, Ley X, pág. 323. Recoge SEGURA GRAIÑO, Cristina, *ibidem*.

¹⁷⁰ Fuero de Úbeda. Título XL, pág. 337-39. Recoge SEGURA GRAIÑO, Cristina, *ibidem*.

¹⁷¹ Fuero de Sevilla, Título I, pág. 34. Recoge SEGURA GRAIÑO, Cristina, *ibidem*.

¹⁷² Fuero de Alba de Tormes, 17: *...e si lo mataren e el cuerpo le pudieren tomare, fagale del corpo iusticia. E por esto la muler non pierda la mitad de quanto an de con suuno, ni lo que ouiere de su patrimonio...* Recoge GARCÍA ULECIA, Alberto, *ibidem*, pág. 179.

¹⁷³ SEGURA GRAIÑO, Cristina, "Participación de la mujer en la repoblación de Andalucía en SXIII a XV. Ejemplo de una metodología." En *Nuevas perspectivas sobre la mujer, 1*. (Índice Histórico Español Nº 80-13 del Centro de Estudios Históricos Internacionales), Facultad de Geografía e Historia de la Universidad de Barcelona, 1982, págs. 61-70.

persona muchas mujeres; algunas casadas puesto que aparecen los nombres de los maridos en algunas reseñas, pero ellas realizaban la gestión económica en nombre propio. De ello puede deducirse que las mujeres gozaban de cierta libertad en cuanto a hechos relacionados con bienes económicos y por tanto que tenían un acceso real a la propiedad. Así lo refleja SEGURA GRAIÑO¹⁷⁴ en sus estudios. En los Fueros de Castilla, tal como comenta Sánchez¹⁷⁵, la mujer aparece perpetuamente sometida al padre, hermanos o parientes, necesitando de su consentimiento ya sea para casarse o bien, una vez casada la licencia marital para contraer deudas o constituir fianzas. Tan solo respondía de pequeñas cuantías, hasta cinco sueldos, salvo que ejerciera el comercio o por muerte del marido, en cuyo caso respondía de las deudas y fianzas de él. Tampoco podía obligarse conjuntamente con el marido ni salir fiadora de él.

4.3- Consecuencias patrimoniales *mortis causa* del matrimonio en los Fueros

En caso de muerte de uno de los cónyuges, el supérstite quedaba como usufructuario de los bienes, salvo que volviera a casarse, en cuyo caso los bienes pasaban a los hijos o la familia del fallecido si no hubo descendientes. Podemos decir que la mujer casada gozaba de mayor libertad que las solteras y las viudas de mayor libertad que las casadas.

Las viudas tenían libertad para contraer matrimonio, así como las solteras mayores de treinta años, sin autorización familiar. No es que se pensara que la mujer madurara con la viudedad o a los treinta años, sino que lo normal era que los padres hubieran muerto cuando las hijas llegaban a esa edad, ya que la esperanza de vida en esa época rondaba los cuarenta años.

Con la muerte del marido, la viuda podía administrar los bienes sin la necesidad de otro hombre. Así, en el Fuero de Sevilla la mujer casada gozaba de mayor libertad que las solteras y las viudas de mayor libertad que las casadas.

En el Derecho civil aragonés¹⁷⁶, la protección jurídica de la mujer que enviudaba, fuera villana o infanzona, se efectuaba por medio de dos instituciones diversas: las arras y la

¹⁷⁴ SEGURA GRAIÑO, Cristina, “La mujer en la repoblación de Sevilla en SXIII”, Comunicación recogida en *Actas de las II Jornadas de Metodología y Didáctica de la Historia*, 1981, Universidad de Extremadura, 1984.

¹⁷⁵ SÁNCHEZ, Galo, *Libro de los Fueros de Castilla*, I. de A. Ortega, Barcelona, 1924, pág. 239.

¹⁷⁶ BARRIO GALLARDO, Aurelio, “Derecho expectante de viudedad e incumplimiento en materia de contratación inmobiliaria”, *Revista de Derecho civil aragonés*, XIV, Zaragoza, 2008, pág. 87 y ss.

comunidad conyugal continuada. Alrededor del S. XII comienza a ser habitual en los matrimonios aragoneses que el marido, al disponer *mortis causa* de su patrimonio, reserve a su esposa el usufructo vitalicio sobre la totalidad o una parte de sus bienes, a falta de derecho alguno sobre su sucesión legal. Esta saludable costumbre de conceder un legado, habitualmente testamentario con la finalidad de preservar el estatus económico-familiar que la madre había ostentado en vida del cabeza de familia, se convertirá con la magna obra de Vidal De Canellas en un beneficio legal, donde aparece referido bajo la denominación *viduitatem* en el Fuero 1º *De iure dotium*.

El usufructo atribuido originariamente sólo a la mujer, aun cuando concurriera con descendencia, *licet ab eo filios habuerit*, recogía el Fuero, abarca sin excepciones todo el patrimonio *post mortem* del marido premuerto: ya sea mobiliario o inmobiliario, ya privativo o consorcial, pero queda supeditado, en todo caso, a que la viuda guarde castidad y no contraiga ulterior matrimonio, pues se extinguía, como otros usufructos de fidelidad, por *convolar* el cónyuge supérstite a segundas nupcias¹⁷⁷.

La viudedad foral aragonesa es quizás la institución más conocida, por los aragoneses y fuera de Aragón. Esta institución históricamente, y respecto de la mujer, que no tenía los mismos derechos que el varón, está destinada a amarla, a cuidarla y a protegerla. Se mantuvo por derecho consuetudinario hasta que se recogió legislativamente por primera vez en el Apéndice de 1925. En aquel momento se pensó en proteger a la viuda y en la actualidad, todavía existe, pero para ambos cónyuges.

En cuanto a la herencia del feudo, desde los primeros tiempos del feudalismo era costumbre que sucedieran los hijos varones, con exclusión de las mujeres. El poseedor del feudo debía ser apto para prestar el servicio militar inherente al feudo. De ahí la exclusión de las mujeres de la herencia del mismo. El Fuero General de Navarra distinguía entre reinos heredados y reinos adquiridos o conquistados. En los primeros el reino es indivisible y solo lo heredaba el primogénito, sus descendientes o sus hermanos por orden de edad¹⁷⁸. A partir de Alfonso X se recoge la regulación contenida en las

¹⁷⁷ Art. 119.1 c) Lrem.

¹⁷⁸ Fuero General de Navarra 2.4.1. En opinión de HAEBLER, Konrad, “Los Fueros de Sobrarbe”, *Anuario de Historia del Derecho Español* (AHDE), Tomo XIII, Madrid, 1936-1941, págs. 5-35. En el Fuero General de Navarra se recogen disposiciones que aparecen calificadas como “Fuero de España” que fundamentan la hipótesis de un derecho regio en la Edad Media común a todos los reinos hispánicos, que básicamente procedían del Derecho del reino visigodo. Cita PÉREZ MARTÍN, Antonio, “Estudios de Derecho Constitucional”, *Homenaje al Profesor Rodrigo Fernández Carvajal*, Vol. II, Derecho de la mujer a suceder en el reino según Vicente Arias de Balboa, Murcia, 1997, pág. 1007.

partidas que ha sido posteriormente considerada como la norma del trono español, recogida con una redacción nueva en todas las Constituciones españolas, desde la gaditana hasta la actualmente vigente¹⁷⁹, salvo breves períodos¹⁸⁰.

En la Corona de Aragón no existió ningún texto legal que regulara la sucesión al trono¹⁸¹ sino solo normas consuetudinarias y testamentos reales. De hecho, se admitió la indivisibilidad del reino heredado, la preferencia de línea recta sobre la colateral, del varón sobre la mujer y del derecho de primogenitura¹⁸².

Algunos argumentos que se daban en aquella época para mantener esta legislación contraria a los derechos de la mujer, ha sido recogido por ARIAS DE BALBOA¹⁸³ y son los siguientes: la mujer debe estar sometida al varón y no puede tener ninguna autoridad, ni enseñar, ni testificar, ni dar fe. El motivo no radica en que las mujeres no tengan juicio o lo prohíba la ley, sino en que lo prohibían las buenas costumbres y porque su parecer es impulsivo, cambiante y fútil. Cuando se crearon los reinos se eligieron a los varones como reyes por razones de utilidad pública, es decir, porque los varones, en contraposición a las mujeres tienen una doctrina mejor, más cierta y más segura, pueden proteger mejor al principado y a sus gentes, y tienen un parecer más estricto y firme. Por otro lado, la honestidad, el pudor y el recato de la mujer, aconseja que ésta no se mezcle en reuniones de varones, cosa que no se podría evitar si no se la excluyera de los cargos públicos. El pudor natural de las mujeres no debe manifestarse en público, ni comparecer ante todo el mundo, sino reservarse para su marido, ya que han sido creadas para su honor y ennoblecidas de acuerdo con la condición de su esposo; en consecuencia, por derecho común no pueden de tener ninguna dignidad con administración civil. Interesa que el gobierno esté reservado a los varones, tanto si se accede al mismo por elección como si es por sucesión; la razón está en que, por

¹⁷⁹ Constitución 1812 art. 174-84; Constitución 1837, art. 51; Constitución 1845, art. 50; Constitución 1869, art. 77; Constitución 1876, art. 60; Constitución 1978, art. 57.

¹⁸⁰ Felipe V, después de obtener la aquiescencia del Consejo de Estado y vencer la resistencia del Consejo de Castilla, promulga en 1713 el llamado Auto Acordado en el que, admitiendo el derecho de representación, establece para toda la monarquía española la preferencia de los varones en línea recta y colateral (y sus descendientes) sobre las mujeres. PÉREZ MARTÍN, Antonio, *ibidem*, pág. 1009.

¹⁸¹ PÉREZ MARTÍN, Antonio, *ibidem*, págs. 1033 y ss.

¹⁸² GARCÍA GALLO, Alfonso, “El derecho de sucesión del trono en la Corona de Aragón”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, N° 36, Madrid, 1966, págs. 5 a 187.

¹⁸³ Dictamen emitido por Vicente Arias de Balboa en 1412 con motivo de la sucesión a la corona de Martín I el Humano (1396-1410). Este rey aragonés murió sin dejar descendencia legítima por lo que Fernando de Antequera, regente en Castilla encargó un informe jurídico para mejor conocer y defender sus derechos a uno de los principales juristas de Castilla, Arias de Balboa. Recogido por PÉREZ MARTÍN, Antonio, *Ibidem*, pág. 1004 y 1007-1012.

naturales, los varones son discretos, fuertes, constantes, activos y necesarios para el gobierno y administración de la república. Afirma que los varones tienen más dignidad que las mujeres ya que las mujeres son volubles, indiscretas, sumisas y tímidas. La utilidad pública -concluye- obliga a preferir el bien de la república (que sea gobernada por un varón con todas sus cualidades y dignidad) sobre el bien particular de la mujer, que por tanto queda rechazada para todo oficio público.

Este dictamen viene a recoger la mentalidad de una época que otros autores de la época han compartido, tal como recoge PÉREZ MARTÍN¹⁸⁴, como es el caso de Gonzalo Gómez, Alvar Pérez, Martín Silimán, Melchor Peláez, Alberto Bruno, Jerónimo Garzón, entre otros. No obstante, tanto el Fuero real como las Siete Partidas, vinieron a consagrar el derecho de la mujer a acceder al trono, como veremos en el siguiente capítulo.

¹⁸⁴ PÉREZ MARTÍN, Antonio, *Ibidem*, pág. 1019. Gonzalo Gómez, que era procurador fiscal, decía que para los cargos de la república se debían elegir varones prudentes, que huyan de la avaricia y del bien propio y por consiguiente había que rechazar a las mujeres ya que son “avariciosísimas” según D. 16.1.4. La mujer no puede ser rey, que no reconoce superior porque sería un contrasentido ya que ella está sometida al marido y se ennoblece y envilece con el honor o la vileza del marido. Martín Silimán, decía que la mujer y los clérigos no pueden defender el feudo con las armas, solo pueden defenderlo con las lágrimas y por ello están excluidos de su titularidad. Melchor Peláez alegaba también razones de utilidad pública como causa de que la nobleza y el mayorazgo se reservara a los varones y se excluyera a las mujeres, ya que por los varones se conserva y perpetúa la familia. No excluye a la mujer por completo del reino, pero sí que debe quedar postergada en favor del varón. Justifica la aceptación de la mujer en la sucesión al mayorazgo ya que este se regula por la voluntad de su fundador, mientras justifica su exclusión en los feudos porque estos se constituyen para servir al rey en la guerra y cosas similares y la mujer es incapaz para estos menesteres. Jerónimo Garzón dice que se ha tratado de justificar la exclusión de la mujer en la sucesión al feudo diciendo que la mujer no puede pelear por el señor, que no conviene que la mujer se mezcle en reuniones de varones, que las mujeres son frágiles y no aptas para tomar decisiones sólidas, que son de deseos peligrosos y cambiantes, que no pueden guardar los secretos; pero Garzón rechaza estas razones ya que lo mismo se podría decir de los varones. Para él la verdadera razón es histórica: al fundarse libremente los feudos, sus fundadores creyeron conveniente que no se incluyera a las mujeres y eso fue observado siempre y practicado así.

CAPÍTULO III- LAS PARTIDAS DE ALFONSO X EL SABIO¹⁸⁵: APARICIÓN DE ALGUNOS DERECHOS EN UN PRIMER AVANCE HACIA EL PRINCIPIO DE IGUALDAD. DESAPARICIÓN DE LA *TUTELA MULIERIS* Y DE LA *MANUS MARITI*

1-INTRODUCCIÓN HISTÓRICA Y FILOSÓFICA. INFLUENCIA DE LA FILOSOFÍA ESCOLÁSTICA EN EL PENSAMIENTO DE LA ÉPOCA Y EN LA REDACCIÓN DE LAS PARTIDAS

Las Partidas son un cuerpo normativo redactado en Castilla, durante el reinado de Alfonso X (1252-1284), con el objeto de conseguir una cierta uniformidad jurídica del Reino, donde se acoge de nuevo la concepción del derecho justiniano sobre la materia, lo que suponía volver a poner en práctica aquel poder que se había difuminado en su evolución dentro del ámbito peninsular. Las *Siete Partidas* son el código más importante de la historia del derecho español¹⁸⁶ y representan el apogeo de la recepción en Castilla del derecho común. Al aspirar Alfonso X a la corona imperial, ordena redactar un código que recoja el *ius commune*, es decir, aquel que de alguna forma era conocido en los países en los que aspiraba a gobernar como emperador y no precisamente el derecho peculiar castellano.

Las Partidas abarcan todo el saber jurídico de la época dentro de una visión unitaria, por ello se le ha considerado una *summa de derecho*, pues se vierte el saber medieval mediante el aprovechamiento de la filosofía greco-latina, de los textos bíblicos, de la patristica y escolástica, y naturalmente de las obras jurídicas. Trata, entre otras materias, de derecho constitucional, civil, eclesiástico, mercantil, penal y procesal, tanto civil como penal. Están redactadas en castellano, de un pulcro estilo literario, e inspiradas en

¹⁸⁵ *Las siete partidas del Rey Alfonso El Sabio*. Cotejado con varios códices antiguos. Real Academia de la Historia, I. Real, Madrid, 1807. Tomo I (Partida primera), Tomo II (Partidas segunda y tercera), Tomo III (Partidas cuarta, quinta, sexta y séptima).

La documentación manejada para este estudio es la edición digital realizada por una reproducción fotográfica facsimilar del original perteneciente al fondo bibliográfico de la Biblioteca de la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla.

http://bib.us.es/guiaspartidas/ayuda_invest/derecho/lasSietePartidas.Ed1807T1.htm

¹⁸⁶ ESCUDERO, José Antonio, *Curso de Historia del Derecho. Fuentes e Instituciones político-administrativas*, UNED, Madrid, 2003. En palabras de Pérez Prendes, las Partidas “han resistido el peso de los siglos, simbolizando ante propios y extraños la entera personalidad del derecho español”.

una visión teologal del mundo. Antecede un *prólogo*, que señala el objeto de la obra, y se divide en siete partes o libros llamados *partidas*, las cuales comienzan con una letra del nombre del rey sabio, componiendo un acróstico (A-L-F-O-N-S-O). Cada partida se divide en *títulos* (182), y éstos en *leyes* (2.683). El éxito de las Partidas fue extraordinario. Se escribieron en castellano y se tradujeron al catalán para facilitar el tránsito en Cataluña del régimen feudal al absolutismo monárquico. Hubo también traducciones al portugués, al gallego e incluso al inglés, ya que se aplicó en Iberoamérica hasta la época de las codificaciones (1822-1916), en territorios que pertenecieron con anterioridad al imperio español, tal como afirma GARCÍA GALLO¹⁸⁷. Por esta razón rigieron un tiempo en EEUU y fueron aplicadas por la *Supreme Cort* para dirimir conflictos entre Estados¹⁸⁸.

A partir del S.XIII se produjo una territorialización cada vez más amplia de las normas legales favorecida por los principios jurídicos de raíz romanista y sobre todo por el auge de la autoridad monárquica de modo que en la prelación de uso de leyes, las normas locales eran subsidiarias con respecto a las territoriales emanadas de la corona. Así lo dispuso Alfonso XI ante las Cortes de Alcalá en 1348: ante todo, los tribunales debían atenerse a la legislación regia¹⁸⁹.

Quisiera hacer una introducción de las corrientes de pensamiento, de la filosofía de la época en que se produce la redacción de las Partidas, que sin lugar a dudas ejercieron gran influencia en el sabio rey, pues coincide con el apogeo de la escolástica del S.XIII, en el que se fundan universidades y surgen las órdenes mendicantes (dominicos y franciscanos, sobre todo) de donde proceden la mayor parte de los teólogos y filósofos de la época.

Los dominicos asimilaron la filosofía de Aristóteles a partir de las traducciones e interpretaciones árabes de Avicena y Averroes.

¹⁸⁷ GARCÍA GALLO, Alfonso, “Nuevas observaciones sobre la obra legislativa de Alfonso X” En *Anuario de Historia del Derecho Español*, (AHDE), Nº 46, Madrid, 1976, págs. 509-570.

¹⁸⁸ Así por ejemplo en 1892 con motivo de cierta disputa entre Nebraska e Iowa o en años anteriores casos procedentes de Luisiana.

¹⁸⁹ PEREZ PRENDES, José Manuel, *Curso de Historia del Derecho español*, Universidad Complutense, Madrid, 1978, pág. 467-470. Cita LADERO QUESADA, Miguel Ángel y GALÁN PARRA, Isabel, “Las ordenanzas locales en la Corona de Castilla como fuente histórica y tema de investigación (S.XII al XVIII)”, en *Anales de la Universidad de Alicante, Historia Medieval I*, Alicante, 1980, pág. 224. Rua.ua.es.

Los franciscanos seguirán la línea abierta por la patrística, y asimilarán el platonismo, que era mucho más armonizable con los dogmas cristianos.

Sin duda, el máximo representante de la teología dominica y en general de la escolástica es santo Tomás de Aquino (1225-1274). En su magna obra *Summa teologica* aceptó el empirismo aristotélico y su teoría hilemórfica y la distinción entre dos clases de intelectos. En ella recoge claramente el planteamiento filosófico sobre el hombre y la mujer, utilizando su conocido sistema de objeciones y respuestas sobre el origen del cuerpo del hombre y la mujer. En dichas objeciones se plantea la afirmación de Aristóteles: “la mujer es un varón frustrado”, a lo que TOMÁS DE AQUINO¹⁹⁰ responde: “Fue necesaria la creación de la mujer, como dice la Escritura, para ayudar al varón no en alguna obra cualquiera, como sostuvieron algunos, ya que para otras obras podían prestarle mejor ayuda los otros hombres, sino para ayudarle en la generación”.

Recoge Aquino el pensamiento Aristotélico de la mujer, creada para la función generativa, aunque puntualizando un escalón más. Sobre el porqué del sometimiento de la mujer al hombre, explica que hay un “doble sometimiento”.

1) *Uno servil*, por el que el señor usa de sus súbditos para su propio provecho. Fue introducido después del pecado.

2) *Otro, económico o civil*, por el que el señor emplea a sus súbditos para la utilidad y bienestar de los mismos. “Este es el sometimiento con el que la mujer, por naturaleza, fue puesta bajo el marido; porque la misma naturaleza dio al hombre más discernimiento”.

La aportación de Aquino a las concepciones aristotélicas, intentan apartarse del sometimiento servil y situarla en un sometimiento civil, y ello en base a que “el hombre y la mujer se unen no sólo por la necesidad de la generación, como los demás animales, sino para formar un hogar, en el que hay otras operaciones propias del marido y de la mujer, y en el que el varón es la cabeza de la mujer (...). Fue conveniente que la mujer fuera formada de la costilla del varón. Primero, para dar a entender que entre ambos debe haber una unión social. Pues la mujer no debe *dominar al varón*¹⁹¹; por lo cual no fue formada de la cabeza. Tampoco debe el varón despreciarla como si le estuviera sometida servilmente; por eso no fue formada de los pies”.

¹⁹⁰ DE AQUINO, Tomás, *Suma teológica*, Parte 1ª, cuestión 92, Argentina, 2009. Hfg.com.ar.

¹⁹¹ 1 Tim 2,12

La escolástica del S.XIII supone una superación de la mujer en cuanto al sometimiento “servil” para dar paso al sometimiento “civil”, donde el marido pasa a ser el cabeza de familia en “beneficio de la mujer y de los hijos”. En este contexto filosófico-teológico sobre la mujer se desarrollan las Partidas.

2- NOVEDADES QUE APORTAN LAS PARTIDAS EN EL AVANCE DE LA SITUACIÓN JURÍDICA DE LA MUJER

La influencia de las Partidas fue notable; supuso avances importantes en la situación jurídica de la mujer que se reflejó en el plano familiar, personal, económico y social. Las corrientes de pensamiento de la época plasmaron dos cuestiones importantes:

2.1-La incorporación de la Teoría del Consentimiento

La influencia de la escolástica en la redacción de las Partidas se refleja claramente en los párrafos que recogen la novedosa regulación sobre la *Teoría del consentimiento*. Comienza a ser considerado requisito necesario la prestación de consentimiento de la mujer para la celebración de un matrimonio canónico válido, por cuanto el Fuero Juzgo, a pesar de las reformas avanzadas para su tiempo, no llegó a contemplar la necesidad de que la hija preste su consentimiento para un matrimonio válido.

En el S.XII aparece la teología escolástica enfrentándose dos posturas extremas¹⁹² sobre la naturaleza del contrato matrimonial: la que defendía la Teoría de la cópula y la que defendía la Teoría del consentimiento. Por un lado, la posición defendida por los canonistas boloñeses y basada en presupuestos jurídicos romanos aplicados al campo canónico, veían en la cópula el elemento constitutivo del matrimonio que entiende que el matrimonio solo se perfeccionaba y devenía sacramento por las relaciones carnales, exigiéndolas para fijar la indisolubilidad del vínculo matrimonial¹⁹³. Por otro lado,

¹⁹² BÖCKLE. Franz, *L'Ateísmo contemporáneo*. Il cristianesimo de fronte all'ateismo. Vol IV. Cap. VI. Teología de la sexualidad y del matrimonio, Ed Societa Editrice Internazionale. Turín, 1970. Traducido al castellano por Daniel Romero, *El ateísmo contemporáneo*, Cristiandad, Madrid, 1973, pág. 235, citando a GRAZIANO, Giovanni, *Concordia discordantium canonum*, Concordia de los Cánones Discordantes, 1139-1150.

¹⁹³ BERNÁNDEZ CANTÓN, Alberto, *Compendio de Derecho matrimonial canónico*, 9ª Edición, Tecnos. Sevilla, 1998. Dentro de esta corriente: Graciano.

HUGO DE SAN VÍCTOR¹⁹⁴, contemplando el matrimonio de la Virgen, exento de sexualidad, ve la esencia del matrimonio en el amor que une el alma del hombre y de la mujer en la santidad del matrimonio. Lo importante es el consentimiento puro (opinión dominante de la escuela francesa)¹⁹⁵. CASTRO¹⁹⁶ añade una tercera postura fue la que mantenía la Teoría de la forma, que vincula la eficacia del consentimiento matrimonial, al cumplimiento de unas solemnidades o requisitos formales, necesarios *ad valorem*, establecidos por la Iglesia a modo de garantía y seguridad en la celebración del matrimonio. Fue el Papa ALEJANDRO III¹⁹⁷ quien puso fin a la discusión declarando que el único elemento constitutivo del matrimonio era el consentimiento de los cónyuges, pero a la vez reservó al Papa el derecho de disolver el vínculo matrimonial en el tiempo comprendido entre la manifestación del consentimiento y la consumación del mismo matrimonio.

A partir de entonces, la teoría del consentimiento se convirtió en teoría predominante y los grandes teólogos (Alberto Magno, Tomás de Aquino, Buenaventura) se limitaron a analizar con precisión el contenido del concepto consentimiento, elaborando auténticas construcciones hermenéuticas, que sin duda influyeron en la redacción de la Partida IV cuando determina la forma de celebración de los desposorios, exigiendo el consentimiento de la mujer¹⁹⁸, y en la redacción de la regulación del matrimonio¹⁹⁹, que comienza precisamente: *“consentimiento solo con voluntad de casar face matrimonio entre el varon et la mujer...si la voluntad de aquellos que las dicen non consiente con las palabras, non vale el matrimonio”*. La partida V viene a repetir que el casamiento no podía hacerse por miedo al castigo sino por amor y con el consentimiento de las partes²⁰⁰. Con razón apunta GALÁN²⁰¹ que ha sido en el campo del derecho privado y

¹⁹⁴ DE SAN VÍCTOR, Hugo, *De sacramentis christianae fidei*. C.1134. Libro I, Punto 11. Cita CASTRO SÁEZ, Alfonso, “Consentimiento y consorcio en el matrimonio romano y en el canónico: un estudio comparativo”, en *Revista de estudios histórico-jurídicos*, N° 23, Valparaíso, 2001.

¹⁹⁵ RODRÍGUEZ DÍEZ, José, “Indisolubilidad y divorcio en la historia del matrimonio cristiano y canónico ¿Indisolubilidad extrínseca relativa de futuro?”, en *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*. XXXIX, Universidad de La Rioja, 2006, pág.183. Dentro de esta corriente: Pedro Lombardo.

¹⁹⁶ CASTRO SÁENZ, Alfonso, *Ibidem*. En opinión de este autor, las tres teorías corresponden a los tres moldes contractuales dibujados por la tradición jurídica gayano-justiniana: acuerdo, entrega y forma.

¹⁹⁷ BÖCKLE, Franz, *Ibidem*. Citando a ALEJANDRO III, Papa.1159-1181. *Decretales*. (c. 5, X, 4, 4).

¹⁹⁸ Partida IV Tít. I Ley II, *Las siete Partidas...Ibidem*, pág. 3.

¹⁹⁹ Partida IV Tít. II Ley V, *ibidem*, pág. 13.

²⁰⁰ Partida V Tít. XI Ley XXXIX, *ibidem*, pág. 275. *Casamiento no debe ser fecho por miedo de pena, mas por amor et con consentimiento de amas las partes*.

concretamente en el derecho matrimonial donde más ha favorecido el cristianismo la situación de la mujer.

2.2- El pretendido lenguaje igualitario

El lenguaje utilizado en las Partidas con respecto a la mujer no deja de contener contradicciones por cuanto su articulado parece estar dirigido a la lectura únicamente masculina, a primera vista. Pero por otro lado, utiliza en muchas ocasiones un lenguaje igualitario que resulta novedoso.

La partida IV formula una equiparación jurídica general entre el marido y su mujer cuando define el matrimonio como *ayuntamiento de marido et de muger fecho con tal entencion de vevir siempre en uno, et de non se partir guardando lealmente cada uno dellos al otro...*²⁰².

Las llamadas “reglas de interpretación de palabras oscuras” contenidas en la partida VII, determinan que cuando se refiere al hombre lo hace de manera genérica, pues va referido también a la mujer, fuera de todos aquellos casos en que su articulado mejora a la mujer²⁰³.

La familia se entiende compuesta por el señor de la casa, su mujer, sus hijos, los siervos y los criados; se reconoce la figura del *paterfamilias*, como señor de la casa y *mater familias* como la mujer que vive *honestamente en su casa o de buenas maneras*.

Por otro lado, al declarar a la esposa compañera y no sierva, la coloca en cierto novedoso plano de igualdad con el marido, aunque siga sometida a él como cabeza. Sin embargo esa pretendida igualdad enunciada tanto en su articulado como en las reglas de interpretación mencionadas, si bien es cierto que supuso un avance, está cargado de medidas discriminatorias y trato desigual en base a razones históricas y a prejuicios que expone de manera expresa, justificado en su afán de proteger a la mujer y su papel como madre ejemplar y clave de la familia. Prueba de ello son las razones para fundamentar el hecho de negarles la posibilidad de ser fiadoras, para concluir que pretende protegerla

²⁰¹ GALÁN, Mercedes, “Estudios jurídicos sobre el papel de la mujer en la Baja Edad Media”, en *Anuario filosófico* 1993, Nº 26, Servicio de publicaciones Universidad de Navarra, Pamplona, págs. 541-557.

²⁰² Partida IV Título II Ley I, *Las siete Partidas...Ibidem*, pág. 11.

²⁰³ Partida VII Título XXXIII Ley VI, *ibidem*, pág. 720.

por la simplicidad y la flaqueza que tienen naturalmente²⁰⁴. Igualmente recoge expresiones como *Otrosi de mejor condicion es el varon que la muger en muchas cosas et en muchas maneras así como se demuestra abiertamente en las leyes de los titulos deste nuestro libro que fablan en todas estas razones sobredichas*²⁰⁵. Otro ejemplo es el caso de comoriencia de los cónyuges. Para determinar quién murió primero viene a suponer o presumir que en caso de duda la mujer, *porque es flaca naturalmente*.

La postergación general de la mujer²⁰⁶, en todos los aspectos públicos y jurídicos de la sociedad, se debía a razones más físicas que intelectuales. Por tanto, no responde a la idea generalizada de que la mujer era una analfabeta sin cultura y relegada por esa circunstancia a tareas humildes. Muchas mujeres eran instruidas y conocían las obras de Ovidio, Horacio y Virgilio; una prueba del interés intelectual de la mujer en esa época se encuentra en la *Recopilación de Costumbres Germánicas* de 1270 en la que se indicaba que *siendo cierto que los libros no son leídos más que por mujeres, deben por tanto corresponderles a estas en la herencia*... Los hombres estaban más dedicados a la lucha y era la inferioridad física de la mujer en cuanto a fuerza lo que le situaba en esa postergación²⁰⁷.

3- LA REGULACIÓN DE LA SITUACIÓN JURÍDICA DE LA MUJER CASADA EN LAS PARTIDAS

3.1- Efectos personales del matrimonio en las Partidas

3.1.1- La regulación de la patria potestad en las Partidas

²⁰⁴ Partida V Título XII Ley III, *ibidem*, pág. 279.

²⁰⁵ Partida IV Título XIII Ley II, *ibidem*, pág. 84.

²⁰⁶ FINKE, E, *Die Frau im Mittelalter, versión española*. 1926. Cita RODRÍGUEZ GIL, Magdalena, en “Posibilidades de actuación jurídico-privada de la mujer soltera medieval”, en *La condición de la mujer en la Edad Media*, Casa de Velázquez, Madrid, 1986, pág. 107.

²⁰⁷ DE UNAMUNO, Miguel, *En torno al casticismo*, (1895), Cátedra, Madrid, 2005. Opina que la mentalidad del momento veía a la mujer como un ser creado para concebir, parir y amamantar, y nada más; por ello estaba discriminada como un ser inferior y débil. El embarazo ponía a la mujer en situación de total dependencia e indefensión.

El Título XVII de la partida IV²⁰⁸ comienza definiendo la patria potestad como el *poder han los padres sobre los fijos et sobre sus nietos*. Este poder se argumenta en dos razones: la primera porque nacen de ellos y la segunda porque heredarán sus bienes. Esta potestad solo se extiende a los hijos legítimos o legitimados, pero no a los llamados naturales (hijos de la barragana) ni a los *incestuosi* (hijos tenidos con parientas hasta el cuarto grado, o con sus cuñadas o con una religiosa). Pero la Ley II deja claro que no se debe entender por eso que la madre los tiene bajo su poder, ni ningún pariente por parte de la madre. Su terminología parece recordar el sentido de la *patria potestas* de la época clásica. Sus redactores, al darse cuenta de lo anacrónico de tal expresión, dedican la Ley III al objeto de determinar el alcance dado al término *potestas* conforme a la cual, no se trata del poder que tiene el señor sobre el esclavo, ni la jurisdicción de los reyes o magistrados, ni la autoridad del obispo, sino que debe entenderse como “*ligamiento de reverencia, et de subyección et de castigamiento que debe haber el padre sobre su fijo*”²⁰⁹.

Consecuencia de ese concepto de patria potestad es la adopción²¹⁰, contemplada en las partidas como un derecho que solo pueden ejercer los hombres, siempre que fueran libres y que ya no dependieran de su padre²¹¹. Sin embargo, la mujer, como norma, no puede adoptar, salvo que hubiere perdido a su hijo en el campo de batalla en servicio del rey, en cuyo caso necesitaba el otorgamiento su permiso.

Cuando la partida IV hace una relación de razones por las que el padre y la madre tienen obligación de criar a sus hijos, está nombrando a la madre como titular de unos derechos y unas obligaciones²¹². Si bien es cierto que dicha obligación en el caso de las madres, se extendía hasta que el hijo tuviera tres años y en el caso del padre, hasta que hijo obtuviera la mayoría de edad.

La Ley V del Título XIX²¹³ regula las obligaciones con respecto a los hijos nacidos fuera del matrimonio. Tanto el padre como sus parientes, no tenían obligación de criar a ese niño. Sin embargo, la madre y sus parientes, sí tenían obligación de criar al niño, porque argumenta la Ley que ellas saben si esos hijos son suyos, ya que nacieron de ellas, pero el padre nunca estará seguro de ello. Solo los criaría si voluntariamente así lo

²⁰⁸ Partida IV, Título XVII, *Las siete Partidas...Ibidem*, pág. 96.

²⁰⁹ Partida IV, Título XVII, Ley III, *ibidem*, pág. 97.

²¹⁰ *Adoptio*. Palabra latina traducida a la lengua romance como *porfijamiento*.

²¹¹ Partida IV, Título XVI Ley II, *ibidem*, pág. 92.

²¹² Partida IV, Título XIX Ley II, *ibidem*

²¹³ Partida IV, Título XIX Ley V, *ibidem*, pág. 113.

admitía. Basados en el mismo argumento, se entendía que siguen la condición de la madre los niños nacidos de padre libre y madre sierva. Igualmente, si el niño era hijo de madre libre y padre siervo, seguía la condición de la madre.

La Ley VII y siguientes de la Partida IV²¹⁴, viene a reconocer los modos que tiene el hijo de salir de la potestad de su padre, al comenzar a ejercer un oficio revestido de una especial dignidad; y como se aprecia claramente, no estaba previsto que la hija se acogiera a esta posibilidad. Estos oficios estaban reservados a los hombres. Cuando eran escogidos, entonces podían salir de la potestad del padre. Eran las llamadas *doce dignidades*: *Prefecto pretorio o Procónsul*, *Prefectus Urbis*²¹⁵, *Prefecto de Oriente*, *Quaestor*²¹⁶, *Maestro de Caballería*²¹⁷, *Patronus Fisci*²¹⁸, *Princeps agentium in rebus*²¹⁹, *Canciller o Magister sacrinii liberorum*²²⁰, *Notario o Magister sacri scrinii memoria principis*²²¹ y si al hijo le nombraban Obispo.

Otros oficios menos relevantes sí eran desempeñados por mujeres. Así lo demuestra el estudio realizado por GARCÍA HERRERO²²², sobre las actividades laborales femeninas en la baja edad media turolense, basado en la observación de la techumbre de la catedral de Teruel, realizado en torno a 1285. En ella aparecen tres mujeres que se afanan en quehaceres constructivos: una acarrea materiales, otra parece amasar, y la tercera está manejando una polea. Mudéjares o cristianas, muchas de estas obreras, aunque no llegaron a cualificarse oficialmente, trabajaban con los varones en las obras, grandes o

²¹⁴ Partida IV, Título XVIII Ley VII, *ibidem*, pág.103.

²¹⁵ *Prefectus Urbis*, venía a ser el juez de mayor rango de la ciudad de Roma o de cualquier otra ciudad importante.

²¹⁶ *Quaestor*. Oficial de la corte del rey de máxima confianza que manejaba o recogía las rentas del rey, así como su correspondencia

²¹⁷ Maestro de Caballería. Era un maestro de Caballeros del rey también llamado Alferez en lengua romance.

²¹⁸ *Patronus fisci*. Aquella persona que tenía encomendada la defensa de los derechos e intereses del rey en la Cámara.

²¹⁹ *Princeps agentium in rebus*. Persona de enorme confianza del rey por cuanto estaba encargado de recabar de los oficiales del rey las rentas gastadas o ganadas

²²⁰ *Magister sacrinii liberorum* encargado de los escritos y sellos del rey, así como de examinar las cartas que entraban y salían a la cancillería del rey.

²²¹ *Magister sacri scrinii memoria principis* que registraba los privilegios y cartas que salían de la Corte, así como los pleitos que se libraban ante el juez.

²²² GARCÍA HERRERO, María del Carmen, *Recuperación y difusión del patrimonio multicultural del Reino de Aragón: Corpus documental de actividades laborales femeninas (ss. XIV-XV)*, Proyecto de I+D del MEC HUM 2005-04174/HIST, Universidad de Zaragoza, 2005.

menudas, en las labores agropecuarias, en los talleres artesanales y en el comercio. Así consta en el libro de obras del Maestro de Obras, José Manuel Abad Asensio²²³.

La mujer soportaba el peso de su casa, la educación de los hijos, y también el laboral. Aunque legalmente el hombre era el cabeza de familia, la práctica era distinta. En algunas zonas de España, como el norte y principalmente las regiones vascas y aragonesas, se ejercía un auténtico matriarcado. CASTÁN VÁZQUEZ²²⁴, analizando el derecho histórico aragonés apunta cómo algunos autores llegaron a decir que en Aragón no existía la patria potestad, pues el derecho aragonés era hostil a la concepción romana de patria potestad y afirmaba que *de consuetudine regni non habemus patriam potestatem* (*Observancias del Justicia Martín Díaz Daux*).²²⁵

3.1.2- Desposorio y matrimonio en las partidas

La Ley X²²⁶ viene a recoger una novedad frente al derecho recogido en el Fuero Juzgo²²⁷: la necesidad de que la mujer preste su consentimiento tanto para los desposorios como para el matrimonio. No obstante, la negativa de la hija a casarse con el novio elegido por el padre, si después se casaba contra la voluntad del mismo, podía traer como consecuencia la desheredación, ya que se consideraba que la hija no apreciaba lo que su padre hacía por ella.

La Partida IV comienza hablando del desposorio²²⁸, entendido como una promesa recíproca de los esposos. Más adelante, define el matrimonio entre el hombre y la

²²³ ABAD ASENSIO, José Manuel, “Obras en el Alcázar y en los Aljibes de Teruel en la segunda mitad del SXIV”, en *Aragón en la Edad Media*. Nº 18, Zaragoza, 2004, págs. 337-388. Dialnet.unirioja.es.

²²⁴ CASTÁN VÁZQUEZ, José María, *La patria potestad*, Editorial de Derecho Privado, Madrid, 1960, pág. 30.

²²⁵ SERRANO GARCÍA, José Antonio, *Panorámica del Derecho Civil aragonés*, Colegio de Abogados de Zaragoza, Zaragoza, 1991, Biblioteca virtual de Derecho Aragonés. En Cortes de Monzón de 1428, se encargó a Martín Díez Daux la recopilación de los usos, observancias y actos de Corte. Apareció en 1437 bajo el nombre de Observancias y costumbres del Reino de Aragón, que en sucesivas ediciones se publicaron a continuación de los Fueros bajo el título de Fueros y Observancias del Reino de Aragón, y pese a su falta de valor legal los jueces las aplicaron como si de leyes se tratara. En las observancias se recoge la práctica judicial aragonesa, sobre todo del Tribunal de Justicia de Aragón.

²²⁶ Partida IV, Título I Ley X, *Las siete Partidas...Ibidem*, pág. 9.

²²⁷ Fuero Juzgo, Libro II Título I Ley II. Cotejado por la Real Academia española. *Ibidem*. <http://forodelderecho.blogcindario.com/2009/07/01043-fuero-juzgo-o-libro-de-los-jueces-1815.html>.

²²⁸ Partida IV, Título I Ley II, *ibidem*. *Qué cosa es desposorio et onde tomó este nombre*. La ley II añade cinco maneras de realizar esos desposorios, comenzando la primera: *yo prometo que te rescebiré por mi muger; et ella dixiere: yo te rescebiré por mi marido*. Destaca el inicio al lenguaje igualitario que más adelante puntualizamos.

mujer, mejorando su condición jurídica al desaparecer la *tutela muleris* y la *manus mariti*, aunque su capacidad de obrar se encuentre limitada por la necesidad de obtención del consentimiento por parte del marido²²⁹.

Dentro del matrimonio podemos destacar algunos puntos de tratamiento singular:

A-La capacidad para solicitar la separación o deshacer el matrimonio. La Partida IV otorga a la mujer la posibilidad de solicitar la separación o “deshacer”²³⁰ el matrimonio, no como disolución del vínculo matrimonial sino como separación de “lecho y techo”, en plano de igualdad, al establecer que pueden *acusar el casamiento la mujer al marido y el marido a la mujer*, es decir, que pueden solicitarlo ambos.

B-La capacidad para hacer el libelo de acusación por adulterio. La Ley II de la Partida IV permitía a ambos hacer el libelo de acusación por adulterio, la posibilidad de que acuse el marido a la mujer o viceversa, y manda que deba ser oída ella también²³¹. Esto supuso un leve avance con respecto al Fuero Juzgo, donde la mujer carecía de este derecho. Pero el adulterio masculino se mantuvo solo para los casos de *fornicio por fuerza*²³² o con mujer casada. El concepto de adulterio, que siguió siendo distinto para el hombre y la mujer, venía regulado en la partida VII estableciendo como consecuencias, según la Ley I el daño y la deshonra.

El adulterio masculino²³³ se define como yacer con la mujer de otro a sabiendas de que es casada y se entiende que no produce daño ni deshonra a su mujer, por cuanto él no viene embarazado. Se entendía adulterio porque deshonraba al marido de esta, no a su esposa. Por esta razón, no tenía las mismas consecuencias jurídicas el mismo acto realizado por un hombre que por una mujer. La Ley VIII del Título IX recoge el concepto de adulterio femenino, que consistía en consentir en yacer con un hombre que no fuera el marido. Ello deshonraba al marido y le hacía un gran daño ya que podía quedar embazada de otro hombre. Por tanto, se razonaba que ni el daño ni la deshonra eran iguales. La Ley XVIII llega a disculpar al hombre cualquier acto contra la mujer si una mujer honrada se vestía como una mujer *de mala vida* y algún hombre la

²²⁹ MUÑOZ GARCÍA, M^a José, *Limitaciones a la capacidad de obrar de la mujer casada entre 1505 y 1975*, Universidad de Extremadura, Badajoz, 1991.

²³⁰ Partida IV Tít. IX, Ley I, *ibidem*, *Quién puede acusar el casamiento et por qué razones*. Las partidas vienen a recoger auténticas causas de nulidad matrimonial que dan lugar a solicitar ante los jueces eclesiásticos *porque el matrimonio hobiese a ser desfecho*, pág. 46.

²³¹ Partida IV, Título IX, Ley II, *Las siete...ibidem*, pág. 48. *Et debe seer oida también como el*.

²³² Fuero Juzgo. Libro II Título IV Ley V, *ibidem*.

²³³ Partida IV, Título II Ley XIX, *ibidem*, pág.22.

deshonraba de palabra o, de hecho, la mujer no podía demandar el suceso ya que se entendía que ella era culpable porque su forma de vestir provocó la confusión²³⁴.

C- La barragana. La sociedad feudal, aceptaba la posibilidad de que el hombre soltero tuviera relaciones con mujeres antes de casarse, siempre que estas no fueran casadas. El concepto de *barragana*²³⁵ viene recogido en la Ley I del Título XIV entendiendo como tal la mujer nacida de vil linaje que debía ser mayor de 12 años y no virgen; las Partidas vienen a concretar *que sea nacida en vil hogar o vil linaje o sea mala de su cuerpo*. Entendían que mejor era tener una que no muchas, siempre que el hombre no hubiera realizado el sacramento del Orden ni el del matrimonio. La idea de honra en el caso de la mujer, se entendía unida al destino que cada mujer le daba a su cuerpo, pero no bastaba la riqueza, la categoría individual o el linaje.

3.2- Efectos patrimoniales *inter vivos* del matrimonio en las Partidas: la capacidad de obrar en los negocios jurídicos de la mujer casada en las Partidas

3.2.1- Contratos de compraventa

Históricamente, se ha reconocido a los cónyuges capacidad para celebrar entre ellos toda clase de contratos. FERRER VANRELL²³⁶ expone que, en el Derecho Romano con Justiniano, se produjo un cambio radical en favor de la protección de la mujer, atribuyéndole una mayor autonomía y adecuando la legislación para garantizar la defensa de sus intereses patrimoniales, permitiendo la libre contratación entre los esposos, a excepción de la donación entre ellos.

La capacidad de obrar regulada en el Título V de la partida V, establece que la realización de contratos de compraventa corresponde a *aquellos hombres que pueden obligarse el uno al otro*. Establece la excepción del hijo que se encuentra todavía en poder del padre, por cuanto que se consideraba que eran todavía una sola persona según derecho, aunque fueran dos según la naturaleza. Aplicando las “reglas de interpretación de palabras oscuras” contenidas en la Partida VII²³⁷, según las cuales cuando se refiere al hombre lo hace de manera genérica, por lo que podemos deducir que la mujer podía

²³⁴ Partida VII, Tít. IX, Ley XVIII, *ibidem*, pág. 585.

²³⁵ Partida IV, Tít. XIV, Ley II, *ibidem*, pág. 85.

²³⁶ FERRER VANRELL, M^a Pilar, *Los efectos patrimoniales del matrimonio en el Derecho Civil de Baleares*, Universidad de las Islas Baleares, Palma, 2002, págs. 193 y ss.

²³⁷ Partida VII Título XXIII Ley VI, *ibidem*, pág.720.

realizar contratos de compraventa con plena eficacia jurídica. De hecho, la excepción en cuanto a la figura del fiador o garante confirman la regla. No obstante, la mujer casada tenía limitada su capacidad de obrar en cuanto a disposición de sus bienes. La Partida IV viene a recoger dicha limitación cuando determina que es el marido quien debe tener la posesión y administración de los bienes dotales.²³⁸ Sin embargo, los bienes parafernales, regulados en la Ley XVII²³⁹ podían ser administrados por la mujer.

3.2.2- Donación

Desde el punto de vista económico matrimonial, el Título XI de la partida IV en la Ley I distingue cinco conceptos:

1)- Dote: *el algo que da la muger al marido por razón de casamiento...donación fecha con entendimiento de se mantener et ayudar el matrimonio con ella. Et segunt dicen los sabios antiguos es como propio patrimonio de la mujer.* Estas donaciones podían ser *adventitias*, cuando los bienes proceden del propio patrimonio de la mujer, o de su madre o de algún otro pariente que no sea de línea paterna (primo, tío o cualquier otro pariente o extraño) y *profectitia*, cuando los bienes de la dote proceden del padre o del abuelo o pariente por línea paterna. La Ley VIII reconoce que la mujer puede dar la dote a su marido por sí misma, o bien su padre cuando casa a la hija que sigue en su poder u otros parientes. No obstante, la mujer que poseía patrimonio, tenía reconocida una cierta capacidad.

2)- La *donatio propter nuptias*: *lo que el varon da á la mujer por razón de casamiento.* Aunque reconoce que en España se llamaba arras a esta donación por razón del matrimonio, la citada Ley viene a distinguir ambos conceptos.

3)- Las Arras: *peño que es dado entre algunos por que se cumpla el matrimonio que prometieron de facer: et si por aventura el matrimonio non se compliese, que fincase en salvo el peño á aquel que guardase el prometimiento que habie fecho et que lo perdiese el otro que non guardase lo que habie prometido.* Las arras, propiamente dichas, vienen

²³⁸ Partida IV, Tít. XI, Ley VII, *ibídem*. *Que las donaciones et las dotes que son fechas por razón de los casamientos, deben ser en poder del marido para guardarlas et aliñarlas.* Pág. 67.

²³⁹ Partida IV, Tít. XI, Ley XVII, *ibídem*, pág. 72.

a ser una fianza por matrimonio que ejecuta quien cumple el contrato y que pierde aquel que lo incumple.

4)- La *Sponsalitia largitas*: *don que da el esposo á la esposa ó ella á él francamente sin condición, ante que el matrimonio sea cumplido por palabras de presente*. Llama la atención la calificación que el legislador hace a la mujer en este punto, razón que viene a justificar la protección del patrimonio del marido entregado a su mujer, si sobreviniera la muerte de alguno de los novios antes de que se celebrara el matrimonio; para ello viene a distinguir entre la existencia o no de beso sponsalicio. Determina que, para el caso de donación del marido a la mujer, si existió beso, solo retornará la mitad de los bienes donados a los herederos del marido. Si no existió beso sponsalicio, retornarán todos los bienes donados a los herederos del marido. En el caso de los bienes donados por la esposa, *que es cosa que pocas vegadas aviene, porque son las mujeres naturalmente cobdiciosas et avariciosas*, exista o no beso sponsalicio, los bienes, en caso de muerte del novio, retornaban a los herederos de la esposa. Entendemos que la codicia no es propia del sexo femenino. La explicación a ésta diferencia de tratamiento, viene a ser igualmente llamativa, ya que el beso sponsalicio no se entendía como una donación mutua e igual. *Et la razón por que se movieron los sabios antiguos en dar departidos juicios sobre estos donadios, es esta: porque la esposa da el beso al su esposo, et non se entiende que lo rescibe dél, et otrosi quando rescibe el beso, ha ende placer et es alegre, et la esposa finca como envergoñada*.

5)- Las donaciones entre cónyuges. Estaban prohibidas históricamente ya en el antiguo Derecho Romano²⁴⁰, donde se pretende una separación total entre los patrimonios de los cónyuges para el buen funcionamiento de los bienes que componen el patrimonio de la mujer (bienes extradotales, recepticia, peculio, dote), pues la recíprocas liberalidades podían conducir a una fusión de patrimonios y se trataba de impedir que, con donaciones al marido, pudiera disminuir el peculio de la hija casada como también impedir que pudiera desprenderse la mujer de sus bienes dotales y extradotales.

²⁴⁰ En opinión de FERRER VANRELL, M^a Pilar, *Lecciones de Derecho civil balear*, 2^o Edición, Universidad de las Islas Baleares, Palma, 2003, pág. 243 y ss.

Ley Cincia²⁴¹ (204 a.C.) establecía una prohibición general de donar por encima de cierta suma, exceptuando el caso de los cónyuges y parientes, admitiendo por tanto, la donación entre esposos. Sin embargo, la Jurisprudencia (mientras D'ORS²⁴² y GARCÍA GARRIDO²⁴³ entienden que se trata de un principio de origen jurisprudencial, BIONDI²⁴⁴ entiende que se trata de un principio de origen consuetudinario) fue extendiendo la prohibición a los esposos con el fin de preservar el patrimonio de la hija de casada por donaciones al marido, impedir que la mujer se desprendiera de sus bienes dotales y parafernales y por miedo a que el marido enamorado entregara los bienes a su mujer.

En el año 206 d. C. un Senadoconsulto propuesto por Septimio Severo y Antonino Caracalla, llamado en las fuentes *Oratio divi Antoni* o también *Oratio divi Severi* (D.24.1.23), establecía que la donación entre cónyuges se podía convalidar retroactivamente cuando el cónyuge donante muriera sin haber manifestado intención de revocarla, tal como venía aplicando la Jurisprudencia.²⁴⁵ No se trata de una conversión de la donación en disposición testamentaria, sino que es el mismo acto donativo el que adquiere validez. Cualquier donación *mortis causa* prevalecía sobre una donación anterior. Tal como comenta SAMPER²⁴⁶, ello dio lugar a que en algunos textos del derecho posclásico tiendan a superponer y confundir la figura de la donación entre cónyuges, anulable y convalidable con la donación *mortis causa*.

Mientras que el Derecho francés²⁴⁷ recoge la prohibición con rigor, dado que no se admite ni la donación ni su convalidación, entendiéndose nula (*Coutumes* de París, art. 283 y de Orleans, art. 280), las leyes españolas fueron más flexibles. Mientras que el

²⁴¹ Ley Cincia sobre los donativos y remuneraciones (*de donis et muneribus*), (año 204 a.C.): Esta ley fue propuesta por el tribuno Marco Cincio Alimento. Establecía, entre otras cosas, un máximo, todavía no bien conocido por encima del cual estaban prohibidas las donaciones, salvo entre ciertas personas exceptuadas como los parientes, los esposos.... CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho civil español, común y foral*, Reus, Madrid, 1986, pág. 232.

²⁴² D'ORS, Álvaro, *Derecho Privado Romano*, 7ª Edición, Euns, Pamplona, 1989, pág. 387.

²⁴³ GARCÍA GARRIDO, Manuel, "*Ius uxorum*: el régimen patrimonial de la mujer casada en el Derecho romano" en *Cuadernos del Instituto jurídico español*, nº 9, I. Rivadeneyra, Roma-Madrid, 1958.

²⁴⁴ BIONDI, Biondo, *Sucesión testamentaria y donación*, Traducido por M. Fairén, 2ª Edición, Bosch, Barcelona, 1960, pág. 665.

²⁴⁵ BIONDI, Biondo, *ibidem*, pág. 679-680.

²⁴⁶ SAMPER, Francisco, *Derecho romano*, Ed Universidad Inl. Sek. Santiago, Nº 152, Chile, 1991, pág. 243.

²⁴⁷ CORRAL TALCIANI, Hernán, "La familia en los 150 años del Código Civil chileno", en *Revista chilena de Derecho*, Vol. 26, nº2, 1999, pág. 349-367.

Fuero Juzgo acepta la validez de las donaciones que se hicieran después del primer año de matrimonio: *Si el marido después que un anno oviere que es casado, por amor o por grado quisier dar alguna cosa a la mujer, puede facer libremiente*²⁴⁸, el Fuero Real mantuvo la libertad de donar después de un año desde que se contrae matrimonio, pero solo para los matrimonios sin descendencia²⁴⁹: *Si el marido quisiere dar algo a la mugero la mujer al marido, no habiendo fijos, puedalo facer después que fuera el año pasado desque casárem, è no ante, è si después desta donación hobieren fijono vala la donación.*

Las Partidas, retomarán los criterios del Derecho romano declarando nulas las donaciones entre cónyuges: *Quales donaciones non valen, que el marido e la mujer facen entre si, despues quel matrimonio fuere acabado e en que manera se puede desfacer.* Pero seguidamente, excluye de la prohibición aquellas liberalidades que, o bien no empobrecen al donante, o bien no enriquecen al donatario. Por tanto, las Partidas vienen a reconocer la validez de las donaciones entre cónyuges constante matrimonio²⁵⁰, realizadas con el siguiente requisito: el que haga la donación no se haga por ello más pobre y aquél a quien se la da se hiciera por ende, más rico. Pone el ejemplo de donar a la mujer o al marido una herencia que, sin llegar a recibirla, se dona al cónyuge. Por tanto, si nunca entró en su patrimonio –*ante que entrase en tenencia aquella heretat*, recoge la Ley V-, no le hace más pobre donarla.

Pero hay que reconocer que son donaciones con una enorme debilidad en cuanto a seguridad jurídica se refiere, puesto que la ley reconoce el derecho a revocar la donación en cualquier momento, simplemente con declararlo, reconoce la posibilidad de venderla a un tercero como forma de revocación implícita y por último la posibilidad de que en caso de muerte del cónyuge que recibió la donación, los bienes quedan de nuevo en manos del donante.

Como vemos, la posibilidad de realizar donaciones demuestra el reconocimiento de una cierta capacidad de obrar a la mujer, aunque limitada al añadir la Ley VII²⁵¹ que las donaciones y las dotes hechas por razón del matrimonio deben quedar en poder del

²⁴⁸ Fuero Juzgo (F.J.3.1.6), *ibidem*.

²⁴⁹ Fuero Real: (F.R.3.12.3), *ibidem*.

²⁵⁰ Partida IV, Tít. XI, Ley IV, *ibidem*, pág. 65. *Durando el matrimonio facen á las vegadas donaciones el marido á la mujer ó ella al marido, non por razón del casamiento, mas por amor que han de so uno el uno con el otro. Et tales donaciones como estas son defendidas que las non fagan, porque non se engañen despojándose el uno al otro por el amor que han de so uno...*

²⁵¹ Partida IV, Título XI, Ley VII, *ibidem*, pág. 67. *Que las donaciones et las dotes que son fechas por razón de los casamientos, deben ser en poder del marido para guardarlas et aliñarlas.*

marido para su administración, con el único límite de que el marido no podía disponer de los bienes recibidos como dote ni los donados a su mujer, para su venta, salvo que hubiere consentimiento de la mujer, constante matrimonio.

Sin embargo, la Ley XXIX²⁵², abre la posibilidad de que las mujeres elijan entre darle los bienes parafernales al marido para su administración, esto es, los bienes de titularidad de la mujer que no forman parte de la dote, o bien, quedarse ella disponiendo de sus bienes. En ambos casos (bienes dotales o parafernales) la mujer podía demandar al marido ante el juez para que le devolviera su dote, si demostraba que su marido estaba malgastándolo o llevaba malas costumbres que pudieran hacerle perder su patrimonio.

3.2.3- Capacidad para ser fiadoras

Cuando la Ley II²⁵³ recoge qué hombres no pueden ser fiadores, viene a concretar que la mujer no puede entrar de fiadora de otro, estableciendo dos causas jurídicas desconcertantes: por un lado, por miedo a que anduvieran en pleito y como consecuencia de ello, asistieran a lugares donde se juntan muchos hombres, poniéndose en peligro de faltar a su honestidad y las buenas costumbres que las mujeres deben guardar. Por otro lado, *por la simplicidad y la flaqueza que tienen naturalmente*. Como veremos más adelante, la mujer balear, a diferencia de la castellana, sí gozaba de capacidad para ser fiadora de su marido.

3.2.4- Capacidad para otorgar testamento

La Ley XIII²⁵⁴ del Título I otorgaba a la mujer la capacidad de otorgar testamento a partir de los doce años (al varón a partir de catorce) siempre que no estuviera bajo la patria potestad de su padre o de su abuelo. Sin embargo, la Ley IX establecía que la mujer no podía ser testigo en los testamentos, al incluirla en una lista de personas que no pueden ser testigos. Junto a ella, se establece la misma prohibición a aquellos que

²⁵² Partida IV, Título XI, Ley XXIX, *ibidem*, pág. 79.

²⁵³ Partida V, Título XII, Ley III, *ibidem*, pág. 278.

²⁵⁴ Partida VI, Título I, Ley XIII, *ibidem*, pág.366. Igualmente, para el *Codicilus* (escritura breve hecha después del testamento para realizar alguna modificación).

hubieren sido condenados por hurto, homicidio, o cualquier acto grave, así como aquellos que dejan la fe y se convierten en musulmanes o judíos, los menores de catorce años, los sordos o los mudos o locos, etc. En el caso de los llamados por las partidas hermafroditas²⁵⁵ (*aquel que ha natura de varon et de mujer*) incluso llega a concretar que, si tiende a mujer, no podrá ser testigo en testamento. Si tiende a hombre, entonces sí.

3.2.5- La capacidad para heredar el Feudo

A pesar del avance notable que supuso para la mujer en materia hereditaria el derecho visigodo²⁵⁶, en el caso del feudo solo cabía la posibilidad de que lo heredaran los hijos varones, así como los nietos del hijo y no los de la hija, tal y como determinaban las Partidas en la Ley VI. Ello era debido a que el Feudo iba unido a un contrato de vasallaje²⁵⁷. Sin embargo, las hijas sí podían transmitir los derechos sucesorios en el nivel señorial²⁵⁸.

3.3- Efectos patrimoniales *mortis causa* del matrimonio en las Partidas: los derechos viduales

Todos los ordenamientos muestran preocupación por garantizar la situación económica del cónyuge viudo, sobre todo de la mujer. Dentro de los distintos sistemas, las Partidas se decantan por la influencia del Derecho romano²⁵⁹. La Ley III²⁶⁰ del Título XII, establecía la posibilidad de casarse de nuevo en caso de viudedad, pero la mujer debía

²⁵⁵ Partida VI, Título I Ley X, *ibidem*, pág. 365.

²⁵⁶ La Ley IX del Fuero Juzgo reconoce que la naturaleza hizo igual al hombre y a la mujer para acceder al derecho sucesorio.

²⁵⁷ MUÑOZ RUANO, Juan, “Los *castiellos et las fortalezas* en el ordenamiento jurídico de las Partidas”, Comunicación presentada en el Congreso Internacional sobre *Alfonso X el Sabio: vida, obra y época, con motivo del VII centenario de su muerte (1284-1984)*, Madrid, 29 de marzo a 6 de abril de 1984.

²⁵⁸ BOUTRUCHE, Robert, *Señorío y feudalismo: el apogeo (S. XI-XII)*, Tercera edición en español, Siglo XXI editores, México, 2004, pág. 355: “Si dos de la misma línea se presentan para tener la sucesión, el varón será preferido a la mujer...y el mayor al menor. En el feudo (...) el primogénito sucede al padre o a la madre. Si no hay hijo ni hija, hereda el pariente más cercano...”.

²⁵⁹ En opinión de LALINDE ABADÍA, Jesús, *Iniciación histórica al Derecho español*, 3ª Edición, Ariel, Barcelona, 1983, pág. 730.

²⁶⁰ Partida IV Título XII Ley III, *ibidem*, pág. 83.

esperar un año desde la muerte del marido, cosa que no ocurre con los hombres. Ello se debía a que, si estuviera embarazada, el segundo marido debía estar seguro de que ese niño es suyo y no del difunto. Esta normativa ya existía en el derecho visigodo²⁶¹ por lo que no supuso novedad alguna.

La *cuarta marital*²⁶², tenía como finalidad, no dejar desamparada a la mujer viuda. Era una compensación económica que el marido rico hacía a su mujer si esta era pobre, casada sin dote y que por tanto a la muerte del marido, no tenía con qué vivir. La cuantía ascendía a una cuarta parte del patrimonio del marido, pero era una cuarta parte con limitaciones: *Pero esta quarta parte non debe montar mas de cien libras doro quanto quier que sea grande la herencia del finado.*

3.4- La figura de la Reina en las Partidas

La obra legislativa de Alfonso X construyó la primera teoría jurídica sistemática alrededor de la reina y de la sucesión al trono, dado que existía un ambiente patrilineal, tal y como apunta PÉREZ PRENDES²⁶³. Comienza estableciendo las condiciones que debe cumplir la reina²⁶⁴. La ley²⁶⁵ recoge la obligación del rey de amar, honrar y guardar a su mujer. Dicha normativa resulta de relevancia, pues fue la tradicional en Castilla hasta la promulgación de la Ley Sálica por disposición del rey Felipe V; en tiempos de Fernando VII volvió a entrar en vigor la sucesión establecida en las Partidas y actualmente se encuentra recogida en la Constitución española de 1978.

Cabría distinguir el tratamiento jurídico de las reinas en Aragón, donde tenían limitado su poder, por lo que únicamente podían transmitir el derecho al trono. Una mujer tenía el derecho al dominio del *regnum*, pero no la *potestas*, que debía poner en manos de su

²⁶¹ Fuero Juzgo. Libro IV, Título II, Ley I, *ibidem*, pág. 7.

²⁶² Partida VI, Tít. XIII. Ley VII. *ibidem*, pág. 481.

²⁶³ PÉREZ PRENDES, José Manuel, “La mujer ante el Derecho Público Medieval Castellano Leonés. Génesis de un criterio”, en *La Condición de la mujer en la Edad Media*, Coloquio hispano francés, Casa de Velázquez, Madrid, 1986, pág. 97.

²⁶⁴ Partida II, Tít. VI Ley I, *Ibidem*, pág. 41. *Debe el rey catar que aquella con quien casare haya en si quatro cosas; la primera que venga de buen linage; la segunda que sea fermosa, la tercera que sea bien costumbrada, la quarta que sea rica; ca en quanto ella de mejor linage fuere, tanto será él mas honrado por ende, et los fijos que della hobiere serán más nobles et mas en caro tenudos: otrosi, quanto mas fermosa fuere tanto mas la amará...*

²⁶⁵ Partida II, Tít. VI, Ley II, *ibidem*, pág. 42.

marido o un hijo²⁶⁶. Sin embargo, en Castilla, la mujer podía ejercer la *potestas* en caso de que no hubiera heredero masculino. Es a partir de este momento cuando en el ámbito del Derecho público se opera el enorme poder de las reinas, compartiendo el poder real con sus maridos, detentándolo a su muerte como regentes o tutoras o transmitiéndolo a sus descendientes. Las Partidas vinieron a recoger lo que había sido práctica consuetudinaria desde la Alta Edad Media en Castilla, fijando cual debía ser el derecho sucesorio. Las mujeres tenían la posibilidad de recibir la Corona de Castilla²⁶⁷ con plenos derechos y ejerciendo el gobierno sin ningún tipo de restricción, siempre que no hubiera un heredero varón²⁶⁸.

3.5- Un caso particular: La Abadesa

Es preciso hacer una mención expresa al papel que desempeñaron las mujeres abadesas castellanas en la época del Rey Alfonso X, ya que ostentaban el poder sobre su abadía como auténticas señoras feudales²⁶⁹. Conocemos concretamente el poder ejercido por la abadesa del monasterio de las Huelgas (Burgos). La vida del monasterio dio comienzo con un grupo de monjas que llegaron desde el Monasterio de Santa María de la Caridad de Tulebras (en Navarra), donde existía desde 1157 el primer monasterio cisterciense femenino de la península. Las dos primeras abadesas fueron, la infanta de sangre real Misol (o Mariasol) y la infanta Constanza, hija de los reyes fundadores. La abadesa de Las Huelgas²⁷⁰ llegó a disfrutar de una autonomía y poder tan elevados, que sólo dependía del papa y estaba por encima de la curia episcopal. La abadesa, referida como Ilustrísima por Consejeros y Grandes de España, no podía confesar, decir misa ni predicar, pero era ella quien daba las licencias para que los sacerdotes hicieran estos

²⁶⁶ FUENTE PÉREZ, M^a Jesús, *Reinas medievales: en los reinos hispánicos*, 2ª Edición, La esfera de los libros, Madrid, 2003, pág. 92 y ss y “¿Reina la reina? Mujeres en la cúspide del poder de los reinos hispánicos en la Edad Media. (S. VI a XIII)”, en *Espacio, tiempo y forma, Serie III, Historia Medieval*, Tomo 16, UNED, Madrid, 2003, pág. 53 a 71.

²⁶⁷ Partida II Título XV Ley II, *Ibidem*, pág. 133. *Que si fijo varon hi non hobiese, la fija mayor heredase el regno...*

²⁶⁸ SEGURA GRAIÑO, Cristina, “Las mujeres y la sucesión a la Corona en Castilla en la Baja Edad Media”, en *La España Medieval*. Nº12, Universidad Complutense, Madrid, 1989, pág.205.

²⁶⁹ GALÁN, Mercedes, “Estudios jurídicos sobre el papel de la mujer en la Baja Edad Media”, en *Anuario filosófico*, 1993, Nº 26, Servicio de publicaciones Universidad de Navarra, Pamplona, págs. 541-557.

²⁷⁰ ESCRIVÁ DE BALAGUER, José María, *La abadesa de las Huelgas*, Rialp, Madrid, 1944.

trabajos²⁷¹. Era dueña de un señorío material y un señorío jurídico. El señorío material estaba compuesto por 54 villas, tierras, molinos, exenciones fiscales de pontazgo, portazgo y montazgo. El señorío jurídico tenía su propio fuero, cuyas leyes en el tema civil y criminal dirigía y vigilaba la abadesa. Podían incluso nombrar alcaldes y ejercían su jurisdicción sobre un buen número de monasterios cuyas abadesas eran nombradas por la abadesa de Las Huelgas. Durante la Edad Media, en este monasterio se llevaban a cabo ceremonias tan importantes como las de coronar reyes y armar caballeros. El mismo rey Alfonso X fue coronado en Las Huelgas²⁷².

²⁷¹ El Prólogo comienza diciendo: *vas a verla gobernar (a la abadesa) como lo hiciera una reina, a los numerosos vasallos de su extenso señorío con alcaldes y merinos que administraban justicia en su nombre, cuando no lo hacía por sí sentada en su tribunal. Incluso llegaba a recibir solemne profesión religiosa a los frailes del Hospital del Rey que bien a su pesar le debieron obediencia y sumisión con su Comendador a la cabeza. La verás también encerrar en la torre del Compás a sus súbditos aunque sean sacerdotes, luchar con los Concejos, desafiar a los nobles y magnates, oponerse a los obispos y contender con la realeza.*

²⁷² ESCRIVÁ DE BALAGUER, José María, *ibidem*, pág. 33.

CAPÍTULO IV- LAS LEYES DE TORO²⁷³: UN SEGUNDO AVANCE HACIA EL PRINCIPIO DE IGUALDAD. LA POSIBILIDAD DE LICENCIA GENERAL Y PATRIA POTESTAD SUBSIDIARIA DE LA MADRE

1-INTRODUCCIÓN HISTÓRICA

La necesidad de una nueva legislación: enormes diferencias y variedad en cuanto a la interpretación y aplicación de las Leyes del reino.

La historiografía ha sido unánime a la hora de determinar los problemas que encontraron los reyes católicos cuando accedieron a la corona: los nobles ejercían la autoridad sin obedecer a la Corona, la economía se encontraba en bancarrota, la inseguridad estaba creciendo y para colmo, existía un desorden jurídico importante: tras varios siglos de producción legislativa de distinto origen (*fazañas*, cartas pueblas, fueros, legislación real, Cortes) dio lugar a una masa de leyes abundante, confusa y dispersa²⁷⁴. Tal como apunta GARCÍA GALLO²⁷⁵, a los ordenamientos de Cortes, hay que añadir las reales Pragmáticas con que los monarcas legislaban sobre materias de interés general; a ello hay que añadir las provisiones o mandatos de gobernación que dictaban los reyes o autoridades subordinadas en el ejercicio de la función de gobierno, produciéndose un cúmulo de disposiciones de diferente autoridad, dispersas, dudosas, o contradictorias entre sí, que no respondían a las necesidades del momento. Por esta razón se acometieron dos flancos: la recopilación sistemática y ordenada de toda la legislación (Montalvo) y la aclaración de todos aquellos conflictivos o dudosos (las Leyes de Toro).

²⁷³ El estudio de las Leyes de Toro en este trabajo se ha basado en las Leyes originales recogidas y comentadas por autores como GÓMEZ, Antonio, (escrito por NOLASCO DE LLANO), *Compendio de los comentarios extendido por el Maestro Antonio Gómez a las ochenta y tres leyes de Toro*, I. Joseph Doblado, Madrid, 1785. ÁLVAREZ DE POSADILLA, Juan, *Comentarios a las leyes de Toro según su espíritu y el de la legislación de España en que se tratan las cuestiones prácticas, arreglando sus decisiones a las leyes y resoluciones más modernas que en el día rigen*, I. Viuda de Ibarra, Madrid, 1804. DE LLAMAS Y MOLINA, Sancho, *Comentario crítico jurídico literal a las ochenta y tres Leyes de Toro*, I. Gaspar y Roig, Madrid, 1852. PACHECO, Joaquín Francisco, *Comentario histórico, jurídico-crítico a las Leyes de Toro. T.I. Real Pragmática con que fueron publicadas las Leyes de Toro*, I. Manuel Tello, Madrid, 1862.

²⁷⁴ PÉREZ MARTÍN, Antonio, “Legislación del Antiguo Régimen (1474-1808)” en *Legislación y Jurisprudencia en la España del Antiguo Régimen*, Universidad de Valencia, 1978, págs. 7 y ss.

²⁷⁵ GARCÍA GALLO, Alfonso y PÉREZ DE LA CANAL, Miguel Ángel, *Prólogo al Libro de las Bulas y Pragmáticas de los Reyes Católicos*, Vol. I, Instituto de España, Madrid, 1973, págs. 9-29 y 12.

La forma de centralización jurídica establecida por el Ordenamiento de Alcalá es aceptada por las Leyes de Toro y será recogida posteriormente en la Nueva Recopilación de 1567²⁷⁶. La preocupación de los Reyes Católicos por ordenar la legislación farragosa existente les llevó, nada más comenzar su reinado, a encargar a Montalvo una recopilación del derecho castellano²⁷⁷, que no resolvía ciertos puntos controvertidos del derecho privado, para cuya solución se estudiaron y escribieron las Leyes de Toro. Fueron, por tanto, pioneros en el proceso de ordenación y recopilación de la legislación castellana.

Uno de los logros importantes de las Leyes de Toro fue recoger lo que la jurisprudencia venía aplicando e interpretando; por ello Llamas y Molina recoge la expresión de BAEZA²⁷⁸: “entre nosotros las Leyes de Toro son más estimadas que otras Constituciones de España porque creemos que no hay en ellas cosa alguna que no se hubiera discutido y con mucho juicio considerado para la pública utilidad.” Realmente la finalidad de las Leyes de Toro era aclarar las posibles lagunas o puntos controvertidos poco claros de las leyes vigentes: el Fuero Real, las Partidas o el Ordenamiento²⁷⁹.

En dicha pragmática se explica que las cortes de Toledo del año 1502, recogieron una relación de daños y gastos que ocasionaba a los súbditos, la gran diferencia y variedad que había en cuanto a la interpretación de las Leyes del reino, tanto del Fuero como de las Partidas y Ordenamientos, por lo que un mismo caso era valorado, aplicaba criterios jurídicos distintos y sentenciado de manera diferente según el lugar y la Audiencia que

²⁷⁶ EMBID IRUJO, Antonio, *Ordenanzas y Reglamentos Municipales en el derecho español*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1978, pág. 58.

²⁷⁷ Considerada la obra de Montalvo como la primera recopilación castellana por Real Cédula de 20 de marzo de 1485 se ordenó que todas las villas y lugares tuvieran a su disposición los ocho libros de que constaba y resolver todos los pleitos de acuerdo a su contenido. En ellas se recogía las ordenanzas, pragmáticas y leyes de Cortes dictadas en Castilla desde el reinado de Alfonso XI y algunas disposiciones del Fuero Real de Alfonso X el Sabio. La obra tuvo una efectiva aplicación práctica, y prueba de ello es que en treinta años se llegaron a publicar cuatro ediciones (1488, 1495, 1500 y 1513). PÉREZ FERNÁNDEZ-TURÉGANO, Carlos, “Isabel la católica y la ordenación jurídica de las leyes de Castilla”. En *Isabel la Católica: homenaje en el V centenario de su muerte*, Dykinson, Madrid, 2005, págs. 104 y ss.

²⁷⁸ DE LLAMAS Y MOLINA, Sancho, *ibidem*, Prólogo, Pág. III, Baeza, Capítulo II *de non meliorandis ratione dotis filiabus*, núm. 110.

²⁷⁹ No todos los autores entienden que fueron esclarecedoras; por el contrario, Gaspar Melchor de Jovellanos critica: “es ciertamente digno de admirar el trastorno causado en derecho español por aquellas mismas leyes que se hicieron para mejorarlo. Las Cortes de Toro con el deseo de fijar la verdad legal, canonizaron las opiniones más funestas.” Este comentario lo hace con referencia a la Ley 46 de Toro que prohíbe a los hijos y herederos del sucesor del Mayorazgo la deducción de las mejoras hechas en él.” MELCHOR DE JOVELLANOS, Gaspar, *Informe sobre la Ley Agraria*, Edición digital basada en la de Madrid, I. de I. Sancha, 1820, Biblioteca virtual Miguel de Cervantes.

lo tratara. El Consejo y Oidores de las Audiencias estudiaron los problemas planteados a instancia de los Procuradores de las Cortes de Toledo y bajo la consulta de los Reyes Católicos se fueron confeccionando las Leyes de Toro que son ochenta y tres.

Podemos decir que las Leyes de Toro vinieron a poner orden en un caos legislativo, dado que los Tribunales y las escuelas, los letrados y los profesores sustentaban autorizadamente opuestas doctrinas²⁸⁰, reconocían normas diversas, procedían por diferentes y encontradas pautas; y esto ocurría tanto en asuntos de difícil o sencilla aplicación legal. Algunos asuntos, como era el caso de la legislación acerca de los Mayorazgos, carecía completamente de doctrina escrita. Por estas razones no se escriben como un código científico y ordenado sino como un conjunto de leyes que vienen a aclarar puntos confusos.

El primer problema que aborda es el de prelación de las fuentes o norma aplicable. La Ley I vino a resolver el problema planteado y expuesto en el párrafo anterior, a lo que resuelve aplicar en primer término las leyes posteriores: los Ordenamientos de los reyes, es decir la Pragmática que conforma las Leyes de Toro, el Ordenamiento de Alcalá de 1348²⁸¹ o leyes de la Recopilación, Autos acordados, Reales Providencias²⁸²; en lo que no pudiese decidirse por ello, el Fuero de cada villa o ciudad, ya fuera el general o el municipal y en lo que no se pudiera resolver así, por las Siete Partidas, que venían a ser el cuerpo legal más completo del momento. En caso de duda en su interpretación, se debía recurrir a los reyes²⁸³.

Para la publicación de las Leyes de Toro, escribió la reina Dña. Juana, hija de Isabel la Católica, la Pragmática de 7 de marzo de 1505. Por esta razón muchos autores la han considerado autora de las Leyes de Toro. Lo cierto es que fueron D. Fernando y Dña. Isabel, los Reyes Católicos, quienes establecieron estas leyes sin que tuviese parte alguna en su formación la reina Dña. Juana. La razón de no hallarse la firma de la reina en la Pragmática fue su muerte un año antes de la publicación y su marido encontrarse ausente en los estados de Flandes. Tampoco aparece la firma de Palacios Ruvios, que era el Ministro del Consejo del Rey que había participado en su redacción y se suponía imprimiría su firma. El mismo autor en su comentario a la Ley XLVI viene a explicar

²⁸⁰ PACHECO, Joaquín Francisco, *ibidem*, pág. 15.

²⁸¹ DE LLAMAS Y MOLINA, Sancho, *ibidem*, pág. 13.

²⁸² ÁLVAREZ POSADILLA, Juan, *ibidem*, págs. 20 y 21.

²⁸³ PACHECO, Joaquín Francisco, *ibidem*, pág. 21.

que no asistió el día de la firma por encontrarse indispuerto de un grave dolor de ojos. Probablemente, no quiso empañar el reconocimiento a Dña. Juana como Princesa y sucesora de los Reinos de Castilla y León que suponía la firma de esta Pragmática²⁸⁴. El nombre de las leyes se debe al pueblo donde se publicaron.

Las Leyes de Toro fueron redactadas en castellano, y no en latín para que cualquier persona pudiera entenderlas, sin necesidad de haber estudiado la lengua culta, ni Derecho Romano.

Otro de los logros de las Leyes de Toro fue haber conseguido asentar el derecho patrio sobre una base sólida, de tal manera que, desde su vigencia, no puede ya dudarse de la unidad e independencia del derecho Real²⁸⁵.

2- NOVEDADES QUE APORTAN LAS LEYES DE TORO EN EL AVANCE DE LA SITUACIÓN JURÍDICA DE LA MUJER

Recogemos aquí las más llamativas, pero bajaremos al detalle en el resto del capítulo.

2.1- Capacidad de otorgar testamento

La Ley XIII del Título I de la Partida VI²⁸⁶, otorgaba a la mujer la capacidad de otorgar testamento a partir de los doce años (al varón a partir de catorce) siempre que no estuviera bajo la patria potestad de su padre o de su abuelo y ni siquiera con la venia o consentimiento de aquellos. Esta norma procedía del derecho romano y fue recogida tanto en el cuerpo legal de las Partidas, como en el Fuero Real²⁸⁷.

Las Leyes de Toro introducen una novedad en la Ley V, pues facultó tanto al hijo como a la hija para hacer testamento a pesar de estar bajo el poder del padre. Sin embargo, se

²⁸⁴ DE LLAMAS Y MOLINA, Sancho, *ibidem*, pág. 7. (“Causa porque el Dr. Palacios Ruvios...”)

²⁸⁵ DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *Derecho civil de España*, Tomo I, Parte General. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1955, pág. 160.

²⁸⁶ *Otrosi decimos que el mozo que s menor de catorce años et la moza que es menor de doce, mager non sean en poder de su padre nin de su abuelo, non pueden facer testamento et esto es porque los que son desta edat non han entendimiento cumplido.* ALFONSO X EL SABIO, *Las Siete Partidas del Rey Don Alfonso el Sabio* cotejadas con varios códices antiguos por la Real Academia de Historia, Tomo III, Partidas cuarta, quinta, sexta y séptima, Madrid, 1807, pág. 366.

²⁸⁷ El Fuero Real, libro III ley 1ª, título De herencia, introdujo la duda sobre esta posibilidad. Recogido en DE LLAMAS Y MOLINA, Sancho, *ibidem*, pág. 78.

limita su capacidad para aceptar o repudiar una herencia en la ley LIV de Toro: la mujer no podía, sin licencia marital, repudiarla ni aceptarla sin el beneficio de inventario.

2.2- Capacidad de obrar

Podemos decir que quizá el punto más importante en las leyes de Toro en cuanto al tema que nos ocupa, son las leyes que vinieron a regular la capacidad de obrar de la mujer casada estableciendo una limitación muy concreta a su capacidad de obrar: la licencia marital recogida en leyes LIV a VXI. Esta limitación se mantendrá en el tiempo (con sus avances y retrocesos), hasta el S.XX en que se suprimió, todavía en época franquista, tras la aprobación de la ley de Reforma del Código Civil, de 24 de abril de 1958 y la de 2 de mayo de 1975. La causa de esta limitación se justificaba en *la razón de potestad y jurisdicción del marido sobre la mujer, que siendo el matrimonio un cuerpo, una familia, y casa de que es cabeza el marido, parece puesto en razón que los miembros nada de consecuencias sucesivas puedan hacer sin consentimiento de la cabeza*²⁸⁸.

Esta Ley supuso un avance en la situación jurídica de la mujer, aunque a primera vista parezca lo contrario. La razón de ser de esta institución jurídica, desarrollada por vez primera en el Derecho castellano²⁸⁹, es la necesidad que tenía la mujer casada de autorización marital para completar su capacidad jurídica, es decir, poder actuar con plenos efectos jurídicos. Por esta razón, la licencia marital vino a ser un instrumento que posibilitaba a la mujer casada su entrada al tráfico jurídico, viniendo de una tradicional restricción a su capacidad de obrar que imposibilitaba esta opción. A partir de ahora, la mujer casada podrá realizar contratos, dirigir negocios, actuar judicial y extrajudicialmente, aunque para ello necesite la licencia marital, la ratificación marital o la licencia judicial. A partir de estas leyes, los hombres comienzan a acostumbrarse a ver mujeres contratando, vendiendo, comprando y un largo etcétera que, si bien es cierto que no podía realizarlo sin consentimiento del marido, supuso un paso intermedio y necesario, aunque demasiado largo, hacia la legislación actual.

²⁸⁸ ÁLVAREZ POSADILLA, Juan, *ibidem*, pág. 327.

²⁸⁹ Esta limitación ya existía en los Fueros como “otorgamiento.” MUÑOZ GARCÍA, M^a José, *Limitaciones a la capacidad de obrar de la mujer casada en el Derecho histórico español. Especial referencia a las Leyes 54 a 61 del Ordenamiento de Toro y a su proyección*, Universidad de Extremadura, Badajoz, 1989, pág. 446.

2.3- El adulterio

El adulterio era castigado con la muerte de ambos adúlteros si el marido los encontraba *in fraganti*; si no, ambos adúlteros quedaban bajo el poder del marido²⁹⁰. A partir de las Leyes de Toro, se aprueba y confirma la facultad del marido para quitar la vida a los adúlteros en ambos casos (encontrados *in fraganti* o demostrado con posterioridad). La diferencia estriba en que el esposo no podía hacerse con los bienes, salvo que hubieran sido condenados por la justicia. Se establece la distinción clara entre dos supuestos: la ejecución de los adúlteros por el marido basada en su propia autoridad y la ejecución por autoridad de la justicia.

2.4- La mujer viuda gozará de mayor libertad

La ley entiende que, si ya no vive el marido, aunque tenga relaciones con otros hombres, ya no puede mancillar el honor del difunto. Esta concesión se debió a que era una práctica común y, por tanto, esta norma no hizo sino recoger lo que era una realidad.

2.5- Se establecen dos leyes igualitarias tras la disolución del matrimonio

Se establecen dos leyes igualitarias tras la disolución del matrimonio: la Ley XIV y la Ley XV. La obligación de *reservación* de los bienes recibidos *propter nuptias* del marido en favor de los hijos, una vez suelto el matrimonio, pesará sobre el marido y la mujer (no solo sobre la mujer). Igualmente, los bienes gananciales obtenidos y devengados durante el matrimonio, cuando este se termina por muerte del marido o la mujer o por otras razones, la mujer adquiere, al igual que el marido la auténtica propiedad de dichos gananciales (sobre la mitad que le corresponde); por tanto, no estarán dichos bienes sometidos a esa obligación de reservación.

²⁹⁰ Ordenamiento de Alcalá. Ley 1ª, Tít. XXI: *Toda muger que fuere desposada por palabras de presente con hombre que sea de catorce años cumplidos y ella que sea de doce años acabados é hiciere adulterio, si el esposo los hayare en uno que los pueda matar si quisiere ambos á dos; asi que no pueda matar al uno y dejar al otro pudiéndolos ambos a dos matar; y si los acusare á ambos é á cualquier de ellos, que aquel contra quien fuere juzgado que lo metan en su poder y ha de el y de sus bienes lo que quisiere.* En el mismo sentido Fuero Real L. IV, Tít. XVII, Ley I y Fuero Juzgo L.II, Tít. IV, Ley IV. Recoge LLAMAS Y MOLINA, Sancho, *ibidem*, pág. 338.

2.6- Los bienes gananciales

Los bienes gananciales se consagran jurídicamente como la fórmula más igualitaria en temas económicos que la ley había establecido hasta entonces, como régimen económico de gananciales exclusivo de España y anteriormente de Castilla²⁹¹. Este sistema supuso un reconocimiento implícito del trabajo de la mujer en el hogar.

2.7- Las Leyes de Toro constituyen un punto de inflexión, un primer cambio de mentalidad en el legislador

La mujer empieza a conquistar sus primeras cotas de igualdad. Ya no se fundan las desigualdades en la debilidad y fragilidad del sexo femenino; el fundamento de la desigualdad jurídica ha cambiado: está en la unidad familiar, en la necesidad de mantener una sola cabeza visible al frente de la familia. La mujer se encontraba dedicada a la prole, normalmente numerosa y sin los adelantos técnicos actuales. El marido, que trabajaba fuera, se encargaba de la manutención de la familia y administración de todo el patrimonio familiar.

Dentro del entorno europeo, la situación de la reina soberana en España era privilegiada: muy lejana a la situación que en Francia se vivía; mientras en España la intervención de la reina Dña. Isabel de Castilla en los asuntos de gobierno era soberana, en Francia la Ley Sálica era resucitada y tergiversada con el único fin de que las mujeres no pudieran llegar al poder²⁹². Si bien es cierto que la Ley Sálica también estaba vigente en la Corona de Aragón (que excluía a las mujeres del gobierno directo), no ocurría lo mismo en Castilla, lo que posibilitó que la reina Dña. Isabel lo fuera a título personal y no

²⁹¹ PACHECO, Joaquín Francisco, *ibidem*. Ap. 44, pág. 229. Consagrado en el Fuero Real III, 3, 1,2y 3 el carácter legal de ganancialidad como régimen económico matrimonial. MUÑOZ GARCÍA M^a José, *ibidem*, pág. 449.

²⁹² DE MONTREUIL, Jean, Afirmaba que la Ley Sálica excluye y repudia totalmente a las mujeres de la posibilidad de acceder a la corona francesa. En *A toute la chevalerie (A toda la caballería)*, 1409-1413, decía haber leído una versión de la ley sálica que excluía a la mujer del poder. Sin embargo el fragmento de la ordenanza que citaba en latín introducía una interpolación inexistente en el texto original: “ninguna parte del reino podrá pasar a manos de una mujer” (*mulier vero in regno nullam habeat portionem*); cuando en realidad lo que decía la Ley Sálica era que ninguna parte de la herencia pasará a manos de la mujer, sino que la herencia de la tierra pasará en su totalidad al sexo varón (*nulla portio hereditatis mulieri veniat sed virilem sexum tota terre hereditas perveniat*); Cita FAURÉ, Christine, *ibidem*, pág. 24.

como consorte. La proclamación de Dña. Isabel como reina de Castilla sin contar con su marido, hizo que D. Fernando se sintiera agraviado, puesto que, a él, que era el rey y el marido -consideraba- se le apartaba de las funciones tradicionalmente vinculadas al hombre; hasta que se firmó el documento llamado “La concordia de Segovia”²⁹³; una concordia que marcaría una paridad en el gobierno entre ambos cónyuges²⁹⁴. La audacia y mando de la reina de Castilla se acabó imponiendo.

No nos cabe ninguna duda sobre la influencia de la reina en la nueva legislación. La reina Isabel siempre se mostró preocupada tanto por el contenido como por el desorden legislativo, y prueba de ello fue otorgamiento el 23 de noviembre de 1504 -tan solo tres días antes de morir- de un codicilo en el que completaba algunos puntos dispuestos en el testamento e incluía nuevas determinaciones dirigidas a su marido Fernando y a su hija Juana. Entre ellas la relativa a la necesidad de formar un cuerpo en el que se recogieran todas las leyes, ordenamientos y pragmáticas modificándolas si fueren contrarias a la libertad e inmunidad eclesiásticas o al buen gobierno de sus súbditos, *e si alguna de las dichas leyes les parecieren no ser justas o que no conciernen el bien publico de mis regnos e súbdito, las ordenen por manera que sean justas a servicio de Dios e bien comun de mis regnos e subditos e en el mas breue compendio que ser podiere,*

²⁹³ La Concordia de Segovia: se firmó el 15 de enero de 1469 por el que acordaban que Isabel era reina propietaria de los dominios de la Corona de Castilla, lo cual implicaba que a su muerte heredarían la corona sus hijos y no Fernando; a su esposo se le seguiría llamando “esposo legítimo” pero al menos ahora se le ofrecían algunos de los signos externos de la dignidad real. La Concordia decretaba que, en los títulos de privilegio, las proclamaciones, monedas y sellos, los nombres de ambos gobernantes aparecieran como rey y reina de Castilla con el de Fernando en primer lugar debido a su sexo. En heráldica, sin embargo, las armas de Castilla y León tendrían precedencia sobre las de Sicilia y la Corona de Aragón. El punto fundamental de la Concordia de Segovia era que la soberanía en la corona de Castilla, incluido el nombramiento de contadores y tesoreros y la disposición de todo el patronazgo real, residía exclusivamente en la reina. EDWARD, John y LINCH, John, *Historia de España. Edad moderna: el auge del imperio, 1474-1598*. Volumen 4, Crítica, Barcelona, 2005, págs. 35 y ss.

²⁹⁴ Esta concordia fue concretada por el pueblo en la célebre frase: “Isabel como Fernando, tanto monta, monta tanto”. FERNÁNDEZ ÁLVAREZ, Manuel, “Isabel, la mujer que reinó”, *Isabel la Católica vista desde la Academia*, Real Academia de la Historia, Madrid, 2005, págs. 20 y ss. Recoge este autor el comentario de D. Fernando sobre la proclamación de la reina en su ausencia: “Quisiera que me dijeseis si hay en la Antigüedad, algún antecedente de una reina que se haya hecho preceder de ese símbolo, la espada, amenaza de castigo para sus vasallos. (Según el cronista real Alfonso de Palencia la recién proclamada reina iba precedida del noble Gutierre de Cárdenas llevado la espada sujeta por la punta con el pomo en alto, para que todo el mundo pudiera verla, incluso los más alejados y para que se supiera que se acercaba quien tenía la facultad de castigar a los culpables con autoridad real, tal como lo hacían al proclamar un rey). Todos sabemos que se concedió a los reyes; pero nunca supe de reina que hubiese usurpado este varonil atributo”.

*ordenadamente por sus títulos, por manera que con menos trabajo se pueda estudiar e saber*²⁹⁵.

La preocupación, implicación y participación de la reina en reordenar, compilar, codificar y clarificar, tanto el contenido como la cantidad y el orden de fuentes aplicables se manifestó desde el comienzo de su reinado hasta su muerte.

3-LA REGULACIÓN DE LA SITUACIÓN JURÍDICA DE LA MUJER CASADA EN LAS LEYES DE TORO

3.1- Efectos personales del matrimonio en las leyes de Toro

Tradicionalmente, los hijos bajo la potestad de sus padres no podían hacer testamento. Las Leyes de Toro introducen una novedad en la Ley V²⁹⁶: facultó tanto al hijo como a la hija para hacer testamento, a pesar de estar bajo el poder del padre. Llamen la atención dos aspectos:

Por un lado, la nueva facultad que confiere la ley a los hijos y particularmente a la niña. Tanto el Derecho romano como el posterior hasta las Partidas, habían prohibido a los hijos hacer testamento sobre sus propios bienes, mientras estuvieran bajo la potestad de su padre. Pero las Partidas²⁹⁷ recogían dos excepciones: si se trataba de bienes castrenses y casi castrenses, con el fin de *estimularlos a seguir las dos carreras de las letras y las armas, que son el apoyo de la Patria*²⁹⁸. Como vemos, estas dos excepciones no van referidas a la hija, sino tan solo al varón.

La causa de este nuevo derecho se encuentra en el afán de acabar con la discusión doctrinal que levantó el Fuero Real (Libro III Ley I) acerca de la potestad de testar de aquellos que, no teniendo hijos legítimos, ni de los que tienen derecho a heredar, pudiese disponer de sus bienes, sin que le pueda embargar esa facultad *ni padre ni madre*. La discusión enfrentaba a los que interpretaban que se refería a hijos bajo la

²⁹⁵ Codicilo de Isabel la Católica núm. 9 en PÉREZ FERNÁNDEZ-TURÉGANO, Carlos, *ibidem*, pág. 106.

²⁹⁶ Ley V: *El hijo o hija que estén en poder su padre seyendo de edad legítima para hacer testamento, pueda hacer testamento como si estuviese fuera de su poder*. GÓMEZ, Antonio, *ibidem*, pág. 39.

²⁹⁷ Partida VI Tít. I, Ley XIII, *ibidem*, pág. 366.

²⁹⁸ LLAMAS Y MOLINA, Sancho, *ibidem*, pág. 77.

potestad de los padres y otros, que dicha ley de refería a los hijos emancipados,²⁹⁹ postura que defendemos puesto que al nombrar a la madre igual que al padre, no se podía tratar de hijos bajo la potestad de sus padres, puesto que esta solo la ejercía el padre, sobre todo en materia de disposición de los bienes. Cabe pensar que se refería al padre y en su defecto a la madre; pero no lo recoge así. En todo caso, la presente ley acabó con la discusión. Otro punto que no deja claro es la edad a partir de la cual se podía hacer testamento; tan solo utiliza la expresión “edad legítima” por lo que mucho se ha discutido sobre este asunto. Entendemos que se refiere a la edad recogida en las Partidas para hijos emancipados. Igualmente parece la más aceptada, si bien criticada por la doctrina de la época por entenderse excesivamente temprana³⁰⁰.

Por otro lado, llama la atención, el lenguaje utilizado: “el hijo o hija”, abandona el genérico “hijo”. Los comentaristas de la época (ANTONIO GÓMEZ³⁰¹, ÁLVAREZ DE POSADILLA³⁰², LLAMAS Y MOLINA³⁰³) mantienen el genérico cuando comentan esta Ley, sin hacer alusión a la novedad que supone este nuevo lenguaje y derecho. Ciertamente, aunque las Partidas contemplaban las llamadas “reglas de interpretación de palabras oscuras” contenidas en la partida VII, en las que determinan que cuando se refiere al hombre lo hace de manera genérica, pues va referido también a la mujer, fuera de todos aquellos casos en que su articulado mejora a la mujer³⁰⁴; lo cierto es que, entendemos que el legislador decide poner a ambos porque de lo contrario, si hubiera utilizado el genérico “hijos”, hubiera surgido la duda si refería a ambos o que dicho derecho solo se concedía al varón. Máxime cuando la Ley LIV limita el derecho de la mujer a aceptar una herencia sin el beneficio de inventario.

3.1.1- El efecto más importante que produce el matrimonio es la salida de la patria potestad y por tanto la emancipación³⁰⁵

²⁹⁹ LLAMAS Y MOLINA, Sancho, *ibidem*, pág. 78.

³⁰⁰ PACHECO, Joaquín Francisco, *ibidem*. “...un niño de 14 años, una niña de 12, no deberían tener facultades para otorgar su testamento. Pero esta es una doctrina autorizada que puede no agradar, mas no se puede desconocer...” Pág. 84.

³⁰¹ GÓMEZ, Antonio, *ibidem*, pág. 39.

³⁰² ÁLVAREZ POSADILLA, Juan, *ibidem*, pág.74. “El hijo de familia” comenta, utilizando el genérico hijo.

³⁰³ LLAMAS Y MOLINA, Sancho, *ibidem*, pág. 77.

³⁰⁴ Partida VII Título XXXIII Ley VI, *ibidem*, pág. 720.

³⁰⁵ Ley XLVII de Toro: *El hijo o hija casado velado, sea habido por emancipado en todas las cosas para siempre*. ÁLVAREZ POSADILLA, Juan, *ibidem*, pág. 297.

El derecho común establecía que el hijo está bajo la potestad de su padre, aunque llegue a ser anciano y aunque se case, tanto él como sus descendientes. Hasta ahora y en aplicación de la Partida IV Tít.18 tenía cuatro maneras de salir de la potestad de su padre: por muerte natural, por muerte civil (si habían sido condenados al destierro o se habían hecho esclavos), por dignidad y por emancipación. Ninguna por matrimonio. El antecedente se encuentra de nuevo en el Fuero Real³⁰⁶, en el que se aprobaba como válido el contrato celebrado entre padre e hijo si este estaba casado, administraba sus bienes y era mayor de 25 años. Nada decía de la mujer.

Esta Ley vuelve a designar al hijo y a la hija. Entendemos que, al igual que en la Ley V, no utiliza el genérico (“hijos”) porque de no ponerlo, se habría interpretado como un derecho exclusivo del varón. La Ley quiere garantizar ese derecho a ambos. Este derecho se reconoce dentro de un contexto familiar: la existencia de una patria potestad conjunta y solidaria del padre y de la madre que se venía ejerciendo en la realidad desde la época de los Fueros municipales extensos³⁰⁷. De la redacción y lenguaje utilizado se observa en el articulado de las leyes de Toro que muchas veces el legislador habla del padre o la madre indistintamente cuando se habla del ejercicio de la patria potestad, no solo del padre, como ocurría en las siete Partidas. Así las Leyes XVII, XVIII, XIX, XXVII, XXIX, etc.

La emancipación por matrimonio recogida en la Ley XLVII solo se refería al matrimonio eclesiástico, pues la emancipación estaba sometida a dos requisitos: estar casado y estar velado³⁰⁸.

Otro efecto importante del matrimonio era la adquisición de la condición del marido: la mujer que se casaba con un noble³⁰⁹ adquiría tal condición, al igual que los hijos seguían la condición del padre, aunque fueran naturales *tantum*, por ser la nobleza un derecho privilegiado de sangre, siempre que la madre hubiere sido única concubina y

³⁰⁶ Fuero Real Libro I Tít. 11, 8º. Recogido en LLAMAS Y MOLINA, Sancho, *ibidem*, pág.120.

³⁰⁷ LÓPEZ PÉREZ, Jerónimo, *La Patria potestad: voluntad del titular*, Universidad de Valladolid, 1982, pág. 39. Defienden la existencia de una patria potestad conjunta y solidaria de padre y madre en la época de los Fueros municipales extensos MEREJA, GIBERT, UREÑA y en cierto sentido también LACRUZ y SANCHO REBULLIDA.

³⁰⁸ ÁLVAREZ POSADILLA, Juan, *ibidem*, pág. 297. La diferencia entre ambos es aclarada por Álvarez Posadilla: se entiende casado cuando se desposan “en esta tierra” y velados si han recibido las bendiciones de la Iglesia. La finalidad de este segundo requisito era evitar los matrimonios clandestinos. Necesitaban la presencia del párroco para que les diese la bendición.

³⁰⁹ Noble se llama aquel que proviene de antiguo y distinguido linaje, ó el que por razón de la dignidad, oficio, ministerio ó ciencia que profesa esta esento de los tributos y demás cargas que sufren los plebeyos. GÓMEZ, Antonio, *ibidem*, pág. 352.

“recogida en su casa”. La mujer participa de este honor mientras permanezca casada con su marido e incluso en su viudedad, hasta que contrajera un segundo matrimonio. Sin embargo, el hombre que se casa con mujer noble, no adquiriría tal condición³¹⁰.

Aunque la hija salía de la patria potestad del padre y se emancipaba en virtud de la Ley mencionada con el matrimonio, quedaba “sujeta” a su marido, y adquiriría la obligación de servirle y cuidar de la casa, mientras que el marido adquiriría la obligación de alimentarla y sostenerla conforme a sus circunstancias³¹¹. Muy llamativo resulta el comentario del jurista ANTONIO GÓMEZ cuando explica el caso del marido que fuerza a tener relaciones matrimoniales a su mujer violentándola, en la que, por estar casada, se encuentra subordinada y sujeta al marido para *quanto guste y le sea lícito* y, por tanto —explica el citado autor— no incurre en pena alguna³¹².

No obstante, la mujer fue adquiriendo un estatus dentro del matrimonio. Si el marido decidía salir al Nuevo Mundo, la mujer ya no se veía obligada a seguirle. Con el descubrimiento de América, a la mujer se le fue abriendo un abanico de posibilidades cuando Fernando el Católico³¹³ le otorga la posibilidad de elegir seguir o no a su marido en el caso de que éste decidiera ir a América. De tal manera que, si quería, podía acompañar a su marido a la aventura de lo desconocido y si no, no. Las solteras podían ir si querían. Hasta ahora, la mujer estaba obligada a seguir a su marido donde fuere. Se establece una disposición donde la mujer casada decide: si quiere va y sino no. No obstante, más adelante, en la Recopilación de 1680 se empezó a exigir a las solteras la licencia del rey para poder ir al nuevo continente.

3.1.2- El adulterio, delito femenino, en principio. El adulterio presunto

La sociedad y las leyes de la época estaban muy influenciadas por la religión cristiana que somete a la castidad matrimonial y por tanto a la mutua fidelidad tanto al marido como a la mujer. El pecado de adulterio no es solo de la esposa. Esta igualdad de consecuencias jurídicas cualquiera que sea el sexo de su autor, frente a un mismo acto

³¹⁰ GÓMEZ, Antonio, *ibidem*, pág. 352.

³¹¹ GÓMEZ, Antonio, *ibidem*, pág. 282.

³¹² GÓMEZ, Antonio, *ibidem*, pág. 359.

³¹³ Real Cédula de 18 de mayo de 1511. Recogido en RODRÍGUEZ GIL, Magdalena, “Las posibilidades de actuación jurídico-privadas de la mujer soltera medieval”, *La condición de la mujer en la Edad Media*, Coloquio Hispano Francés, Madrid, 1986, pág.118.

punitivo, tardará en reflejarse en las leyes positivas que siguen lastrando la desigualdad romana y germana. Así lo recoge ANTONIO GÓMEZ³¹⁴: al interpretar éstas leyes, distingue entre el derecho divino y el derecho positivo. Comienza diciendo que todo acceso fuera del matrimonio es reprobado por derecho divino. Se refiere por supuesto, tanto al caso del hombre como de la mujer. La ley divina reprueba a ambos por el mismo hecho. El derecho positivo, sin embargo, solo castiga a la esposa por estos hechos (con el hombre que lo hizo posible) y al marido, solo en algunos casos y con menor pena. Prueba de esta desigualdad es, por ejemplo, la relación de un hombre con su esclava no se entendía delictivo, pero sí la relación de una mujer con su esclavo, aunque la mujer fuera soltera y deshonesto, castigándolo con la pena capital³¹⁵. Distinto era el caso de acceso con doncella, llamado *estupro*, aunque ella consienta “pues siempre se presume seducida por el hombre”. El hombre que cometía este delito quedaba obligado a dotarla o a casarse con ella³¹⁶.

Los hombres casados no parecen estar sometidos al delito de adulterio si tenían la relación con una mujer soltera. Esta norma procede de nuestro derecho más antiguo. Ya en el derecho romano, la *Lex Iulia de Adulteriis*, recogía una relación de mujeres de clase social inferior con las que se podía tener relaciones sexuales sin incurrir en estos delitos: esclavas, libertas, meretrices y actrices, condenadas en juicios públicos y adúlteras. El rapto y acceso violento a una mujer considerada *ramera* o pública no era considerado delito, salvo que la mujer hubiera dejado esa vida y llevara una vida honesta o fuere casada.

Desde el Fuero Juzgo³¹⁷ elaborado por los reyes Godos, y que fue recogido de manera casi textual en la Ley del Fuero Real, las leyes hacen alusión a la facultad que se concede al marido de quitar la vida a los adúlteros³¹⁸. Tanto las leyes civiles como las leyes reales, castigaban contundentemente el adulterio de la mujer. También fue

³¹⁴ GÓMEZ, Antonio, *ibidem*, pág. 354.

³¹⁵ GÓMEZ, Antonio, *ibidem*, pág. 356.

³¹⁶ GÓMEZ, Antonio, *ibidem*, pág. 354.

³¹⁷ Fuero Juzgo. Leyes 1ª y 3ª tit. IV del Libro III: ...mas si el adulterio fuese fecho de voluntad de la moyeré la moyer é el adulterador sean metidos en manos del marido é faga de ellos lo que quisier.

³¹⁸ Ley LXXXII de Toro: *El marido que matare por su propia autoridad al adultero, y la adúltera, aunque los tome in flagranti delicto, y sea justamente hecha la muerte, no gane la dote, ni los bienes del que matare: salvo si los matare o comdenare por autoridad de nuestra justicia, que en tal caso mandamos que se guarde la ley del fuero de las leyes que en este caso disponen.* ÁLVAREZ POSADILLA, Juan, *Ibidem*, pág. 433 y 434.

recogido en las Partidas³¹⁹ con la salvedad de que a éstas sí les reconocían el derecho de la mujer a acusar al marido por adulterio, y ahora en las Leyes de Toro dan un paso atrás: nada dice sobre esta posibilidad, por lo que GÓMEZ viene a recoger expresamente que el delito de adulterio solo puede acusarse por el marido, haciéndolo dentro de cinco años desde su comisión³²⁰.

Social y legalmente, la mujer estaba mucho más castigada por este tipo de delitos. Así como las Partidas habían contemplado la posibilidad de que la mujer presentara libelo de acusación por adulterio igual que el marido (Ley II Partida IV), las Leyes de Toro solo contemplan la posibilidad de que lo haga el marido³²¹, único posible acusador de adulterio, a la mujer y al adúltero que lo hizo posible. La regulación del adulterio nos da una idea clara de la mentalidad de la época. El marido era la única víctima del adulterio por cuanto manchaba su honor, por esa razón es el único acusador. Dicha acusación debía reunir dos requisitos: primero, que fuera actual no consentida y segundo que el delito se cometiera constante matrimonio. Prueba de ello es que LLAMAS Y MOLINA³²² viene a concretar que la mujer que cometiera adulterio en su primer matrimonio, no puede ser acusada por el marido del segundo matrimonio, pues “una vez que se prendó de ella, no la puede después acusar de lo que antes hubiese hecho”. Incluso, si la mujer cometía adulterio, pero el marido seguía viviendo con ella, perdía su derecho a denunciarla, pues se entiende que el marido o lo perdonó o lo consintió³²³.

La mujer casada y el hombre adúltero eran puestos a disposición del marido con capacidad para disponer de sus personas y bienes (si no tenían hijos legítimos que heredaran sus bienes) con tal que no pueda matar a uno de ellos y dejar al otro³²⁴.

³¹⁹ Partida IV, Título II ley 9.

³²⁰ GÓMEZ, Antonio, *ibidem*, pág. 361.

³²¹ Leyes de Toro LXXX: *El marido no pueda acusar de adulterio á uno de los adúlteros seyendo vivos: mas que ambos adúltero y adúltera los haya de acusar, o á ninguno* y LXXXI: *Si alguna muger estando con alguno casada o desposada por palabras de presente en faz de la santa madre Iglesia cometiere adulterio...mandamos que en estos tales que asi avemos por adúlteros y en sus bienes se execute lo contenido en la ley del fuero de las leyes fabla cerca de los que cometen el delicto de adulteio*. GÓMEZ, Antonio, *ibidem*, págs. 352 y 353.

³²² LLAMAS Y MOLINA, Sancho, *ibidem*, pág. 323.

³²³ GÓMEZ, Antonio, *Ibidem*, pág. 364. “*La pena de adulterio cesa en tres casos: Primero: cuando hayan transcurrido cinco años desde que se cometió, y se haya omitido su acusación; segundo: si hubo voluntad y consentimiento del marido, bien que este debe castigarse; Tercero y último: habiendo seguido él mismo viviendo y cohabitando con ella después del adulterio, no obstante, de haberlo sabido...*”

³²⁴ LLAMAS Y MOLINA, Sancho, *Ibidem*, pág. 490 y ss. Cuando Llamas y Molina viene a explicar estas disposiciones y lo perjudicial que resulta éste delito para la sociedad, comenta expresamente: “Es el

Estas leyes eran claramente discriminatorias para la mujer. Aunque GALÁN³²⁵, afirma que estas leyes igualan al hombre y la mujer en caso de adulterio, a diferencia del Fuero de Cuenca³²⁶, del Fuero de Úbeda³²⁷ o las Cortes de Castilla³²⁸, lo cierto es que solo les iguala a efectos de castigar a ambos adúlteros, pero no da el mismo derecho al marido que a la esposa a la hora de reclamar, ni se produce igualdad en las consecuencias jurídicas por la comisión de los mismos actos.

La mujer casada debía andar con cuidado de no hablar públicamente con un hombre, pues se podía presumir una relación inexistente. Prueba de ello era el llamado *adulterio presunto*³²⁹. Se presumía cometido adulterio cuando después de haber requerido el marido tres veces por escrito delante de tres testigos fidedignos a alguno para que no hablase con su mujer, los encontraba quebrantando el requerimiento. Si el marido les quitaba la vida, no incurría en pena alguna. Algunos maridos, con el afán de deshacerse de sus mujeres, utilizaban el falso testimonio de otros acerca de sus esposas. Probablemente esta fue la razón por la que las Leyes de Toro arremeten contra esta práctica en la persona que prestare falso testimonio en un juicio sobre adulterio. Para este caso, la Ley LXXXIII prevé la pena del talión al testigo falso; por tanto, el testigo y sus bienes quedaban al arbitrio de aquellos contra los que testificó en falso³³⁰.

adulterio un delito enorme que perturba la unión y paz del matrimonio, causa abortos, se confunden con él las generaciones, dando muchas veces los hijos supuestos, corrompe las costumbres de las madres de familias, infama su honor y el de su marido, y origina frecuentemente las muertes de estos ...siendo pues de tanta gravedad y malicia el delito de adulterio, no parece deberse castigar con menor pena que la capital”.

³²⁵ GALÁN, Mercedes, “Estudios jurídicos sobre el papel de la mujer en la Baja Edad Media”, en *Anuario filosófico*, 1993, Nº 26, Servicio de publicaciones Universidad de Navarra, Pamplona, págs.541-557.

³²⁶ CLARAMUNT RODRÍGUEZ, Salvador, “La mujer en el Fuero de Cuenca”, en *La España Medieval*, Vol. II, Universidad Complutense, Madrid, 1982, pág. 297-313.

³²⁷ SEGURA GRAIÑO, Cristina, “Aproximación a la legislación medieval sobre la mujer andaluza: el Fuero de Úbeda”, en *Mujeres medievales y su ámbito jurídico*, Jornadas de Investigación interdisciplinaria sobre la mujer. Seminario de Estudios de la mujer, Universidad Autónoma de Madrid, 1990.

³²⁸ PÉREZ DE TUDELA Y VELASCO, María Isabel, “Acerca de la condición de la mujer castellano-leonesa durante la Baja Edad Media”, en *La España Medieval. Estudios dedicados al Profesor D. Ángel Ferrari Núñez*, Nº 5, Universidad La Rioja, 1984, págs. 767-796.

³²⁹ LLAMAS Y MOLINA, Sancho, *ibidem*, pág. 589.

³³⁰ Ley LXXXIII: *Quando se provare que algún testigo depuso falsamente contra alguna persona, ó personas en alguna causa criminal: en la qual, si no se averiguase su dicho ser falso, aquel ó aquellos contra quien depuso, merecia pena de muerte, ó otra pena corporal, que la testigo averiguándose como fue falso, le sea dada la misma pena en su persona y bienes como se le deviera dar aquel ó aquellos contra quien depuso...* ÁLVAREZ POSADILLA, Juan, *ibidem*, pág. 44.

De todo ello deducimos que el marido gozaba de auténtica libertad para cometer adulterio, siempre que no lo realizara con mujer casada, en cuyo caso podría ser denunciado por el marido de ésta, pero no por su propia esposa. Esta concepción del adulterio se mantuvo prácticamente hasta el Código civil de 1889.

3.2- Efectos patrimoniales *inter vivos* del matrimonio en las Leyes de Toro: la capacidad de obrar en los negocios jurídicos de la mujer casada

Dos son los efectos más importantes que tuvieron las Leyes de Toro desde el punto de vista patrimonial de los cónyuges: la adquisición del dominio de la mitad de los bienes gananciales para ambos cónyuges y la licencia marital que le podía conceder el marido a la mujer, con carácter particular, concreto o general, y en su defecto el juez. Probablemente fueron éstos los dos avances más importantes que se dieron a favor de la mujer a lo largo de la Edad Media. Algunos autores han visto un enorme retroceso y una auténtica eliminación de la dignidad y la capacidad jurídica de la mujer, la necesidad de que el marido le concediera una licencia para completar su capacidad de obrar, y que tuvo como consecuencia su más absoluta invisibilidad porque acaba dejando en manos de los maridos en control y gestión de todo su patrimonio. Entendemos que la mujer ya era invisible jurídicamente hablando, en lo que a gestión de patrimonio se refería antes de la promulgación de las Leyes de Toro, considerada incapaz y cuya actuación jurídica no pasaba de la administración doméstica. La licencia marital permitió que la mujer comenzara a aparecer en la vida jurídica, judicial, contractual como una parte más. Ciertamente necesitaba el poder de su marido, pero era necesario un paso intermedio entre la cautividad y la libertad, entre la ausencia de capacidad y la capacidad de obrar.

La mujer casada tenía tres clases de bienes³³¹: los dotales, cuyo dominio, administración y producto pertenecían al marido; parafernales, que la mujer podía entregárselos al marido para su administración o bien quedarse ella con el dominio, administración y usufructo de los mismos y otros propios (herencias). Los frutos que produzcan estos bienes pertenecen a la mujer; no obstante, todos los frutos que sobran disuelto el

³³¹ GÓMEZ, Antonio, *ibidem*, pág. 275 y ss.

matrimonio tanto de bienes dotales como parafernales, se hacían comunes y pasaban a formar parte de la masa ganancial³³².

3.2.1- Adquisición del dominio y posesión de la mitad de los bienes gananciales por la mujer castellana³³³

En cuanto a los bienes gananciales del matrimonio, la mujer adquiría, constante matrimonio, el dominio y posesión de la mitad de los bienes gananciales.³³⁴ Entendemos que esto suponía un reconocimiento implícito del trabajo y aportación de la mujer al matrimonio. El sistema de gananciales se fundamentaba en el reparto de tareas (la mujer en la casa, el marido en la calle), y posterior reparto de los ingresos generados por trabajo o los frutos de los bienes comunes o privativos. El marido disfruta a lo largo de todo el matrimonio del trabajo de la mujer en casa y sus frutos (los hijos y su educación), por la misma razón la mujer disfrutará de los frutos producidos por marido en el trabajo ejercido fuera de casa. No se basa en el reparto a prorrata de los bienes aportados al matrimonio, sino en considerar el trabajo de cada uno con el mismo valor y compartir a medias su cuantía. Este paso era verdaderamente avanzado para su tiempo. Prueba de ello son los comentarios de LLAMAS Y MOLINA, así como de AVENDAÑO³³⁵, definiendo los gananciales como bienes adquiridos a título oneroso “cuál es la industria y trabajo de los contrayentes”. Esta norma procedente del Fuero Real³³⁶, fue recogida en las leyes de Toro, dejando atrás el derecho común que -en palabras de LLAMAS Y MOLINA- “era contra derecho civil que la mujer tuviera parte en los gananciales.”

³³² GÓMEZ, Antonio, *ibidem*, pág. 284.

³³³ Ley XIV de Toro: *Mandamos que el marido y la muger suelto el matrimonio, aunque casen la segunda ó tercera vez ó mas, pueda disponer libremente de los bienes multiplicados durante el primero ó segundo ó tercero matrimonio, aunque haya habido hijos de tales matrimonios, ó de alguno de ellos, durante los quales matrimonios los dichos bienes se multiplicaron; como de los otros bienes propios que no obiesen seydo de ganancia: sin ser obligados á reservar los tales hijos propiedad ni usufructo de los bienes.* ÁLVAREZ POSADILLA, Juan, *ibidem*, pág. 121.

³³⁴ LLAMAS Y MOLINA, Sancho, *ibidem*, pág. 169. Punto 15. “...la mitad de los bienes adquiridos contante matrimonio se defiere por ministerio de la ley á cada uno de los consortes, porque de lo contrario se había de decir que la división de los gananciales se debería hacer a prorrata del capital que cada uno aportó al matrimonio, a lo que se opone la ley 4º, tít. 9º, libro 5º de la Recopilación, que ordena que aunque el marido tenga más bienes que la mujer, ó al contrario, esta mas que el marido, los frutos hayan de ser comunes.

³³⁵ AVENDAÑO Y LLAMAS Y MOLINA, Sancho, *ibidem*, pág. 168, Punto 12.

³³⁶ Fuero Real Libro III, Tít. III, Ley I. LLAMAS Y MOLINA, Sancho, *ibidem*, pág. 167.

En la legislación de las Partidas, recogedoras del Derecho romano, se entendía que el marido era dueño de las ganancias obtenidas durante el matrimonio, y por tanto, todos los bienes que aparecieran a la muerte del marido debían pertenecer a sus herederos, aunque se hallaran en poder de la mujer, salvo aquellos bienes sobre los cuales la mujer demostrara que eran suyos o que los había adquirido honestamente por medio de un arte u oficio³³⁷.

Las leyes de Toro³³⁸, vinieron a recoger lo que ya era una práctica habitual en Castilla: la mujer participa de la propiedad de los bienes gananciales obtenidos durante el matrimonio. Aunque la administración de los mismos la llevaba el marido, este se hacía deudor de la mitad de los bienes gananciales hasta que, por la disolución del matrimonio, pasaba “*ipso jure a ser en la muger actual o en ejercicio de dicha comunión de mitad de gananciales en cuanto al dominio y posesión*”³³⁹. Por ello COVARRUBIAS llega a afirmar que el dominio que tiene la mujer está *in habitu et creditio* hasta que se disuelve el matrimonio³⁴⁰. A partir de ahora, la obligación que tienen los consortes de dividirse entre sí los bienes gananciales no es voluntaria, nacida del contrato de tácita sociedad, sino legal y necesaria deducida por la disposición de la ley real³⁴¹.

3.2.2- El beso esponsalicio y la cópula como puntos de referencia jurídica

³³⁷ Partida III, Tít. IV Ley II. DEL VISO, Salvador, *Lecciones elementales de historia y de Derecho civil, mercantil y penal de España*, Parte segunda, Tratado Primero, I. Sebastián de Lope, Valencia, 1859, pág. 232 y ss.

³³⁸ Las Leyes de Estilo 203, 205, 206 y 207 (Compilación de leyes y prácticas legales introducidas por el Rey D. Alfonso X el Sabio) vinieron a recoger los gananciales tal y como se regulaban en el Fuero Real y las Ordenanzas Reales de Castilla (Libro V, Tít. IV), y así fueron recogidos en las Leyes de Toro (Leyes XIV, XV, XVI, LX, LXXVII, LXXVIII). DEL VISO, Salvador, *ibidem*, pág. 234.

³³⁹ Así AVENDAÑO y COVARRUBIAS en *Variarum* libro II c.19 n° 2ª: dicen que el marido puede sin consentimiento de su mujer, enajenar todos los bienes gananciales que haya adquirido constante matrimonio y se funda en que la comunión de gananciales entre el marido y la mujer no es propiamente *in actu*, sino en hábito y crédito, porque el marido es actual señor por la autoridad que tiene de administrar y enajenar durante el matrimonio; esta comunión es impropia en cierto modo, en cuanto al dominio y posesión e impedida por razón de la administración que compete al marido. Por el contrario, Llamas y Molina entiende que el marido no podía sin consentimiento de su mujer vender los bienes gananciales. Recoge LLAMAS Y MOLINA, Sancho, *ibidem*.

³⁴⁰ COVARRUBIAS, Libro III, *ibidem*, pág. 72.

³⁴¹ LLAMAS Y MOLINA, Sancho, *ibidem*, pág. 144.

Quizá la ley más antigua de cuantas leyes españolas se conservaron hasta las leyes de Toro³⁴² y que por ello merece mención en este trabajo, es la Ley LII³⁴³ en la que viene a concretar el modo de adquirir las arras disuelto el matrimonio en vida o por muerte de alguno de los esposos. El beso y la cópula eran una entrega sin vuelta atrás. La mujer y solo ella, perdían su estima y su honor tras el ósculo antes del matrimonio. Esta pérdida se intenta compensar con la Ley LII, entendiendo que de esta manera se protege a la mujer frente a los hombres que incumplían la promesa dada. Obsérvese la influencia del derecho canónico en la legislación civil, según la cual, los esponsales de futuro pasaban a ser matrimonio consumado por la cópula subsiguiente, según rezaba el derecho canónico de la época³⁴⁴. Este punto que fue corregido posteriormente en el Concilio de Trento³⁴⁵ de 1545 exigiendo la celebración de la boda ante el párroco u otro que ejerciese sus veces y dos testigos so pena de nulidad. Por esta razón, las leyes de Toro, anteriores al Concilio, entienden que, desde el punto de vista civil, al igual que el canónico de la época, la cópula debía pasar a ser una manera de convertir los esponsales ya celebrados en matrimonio.

Antiguamente, las donaciones esponsalicias eran cosas que se donaban los esposos en señal de mutua benevolencia con la esperanza del matrimonio que han de contraer, pero si no se verificaba el matrimonio, los bienes donados no volvían al donante, sino que permanecían en el donatario salvo que pactaran lo contrario. Y esto permaneció así hasta que el emperador Constantino quiso que aquel que cumpliera palabra no quedara

³⁴² LLAMAS Y MOLINA, Sancho, *Ibidem*, pág. 428. Recoge el autor: Merece notarse esta ley por la particularidad de ser acaso la más antigua de cuantas leyes españolas se han conservado hasta el día entre nosotros. La formó y sancionó Constantino Magno en el año 336 quien la remitió para que la hiciese observar á Tiberiano, Vicario de las Españas, que entonces residía en Sevilla, según se convence del epígrafe de la misma Ley en el Código Teodosiano.

³⁴³ Ley LII de Toro: “*Cualquier esposa, ora sea de presente, ora sea de futuro, suelto el matrimonio, gane si el esposo la oviere besado, la meytad de todo lo que el esposo le oviere dado, antes de consumido el matrimonio, ora sea precioso o no, y si no la oviere besado, no gane nada de lo que le oviere dado y tórnese á los herederos del esposo; pero si cualquiera de ellos muriese después de consumido el matrimonio, que la mujer é sus herederos ganen todo lo que seyendo desposados, le ovo el esposo dado, no habiendo arras en el tal casamiento é matrimonio; pero si arras oviere que sea en escogimiento de la muger ó de sus herederos ella muerta tomar las arras ó dejarlas é tomar todo lo que el marido le ovo dado siendo con ella desposado...*” LLAMAS Y MOLINA, Sancho, *ibidem*, pág. 148.

³⁴⁴ *Sexti Decretalium. Liber quartus*. Título I (*De sponsalibus et matrimonii*) y Título II (*De desponsatione impuberum*). *Corpus Iuris Canonici*. Volúmen II. Digital collections Columbia University Libraries. Pág 1065 y 1066.

³⁴⁵ *De reformatione matrimonii*. Sesión 24, Capítulo 1º. Concilio de Trento. 1545: *Habeat parochus librum in quo conjugum el testium nomina, diemque et locum contracti matrimonii describat quem diligenter apud se custodiat*. GARCÍA GOYENA, Florencio, *Concordancias motivos y cometarios del Código Civil español*, Tomo I Cap. IV, I. Sociedad Tipográfico-Editorial, Madrid, 1832, pág. 330.

igualmente perjudicado que el que no la cumplió³⁴⁶. El resarcimiento por daño material o moral es lo que el derecho entiende procedente cuando creamos una expectativa de contrato que luego no se lleva a cabo. Pensemos que el tiempo transcurrido entre los esponsales (promesa de matrimonio con la entrega de anillo y/o *sponsalitia largitas*) y la boda a veces se alargaba varios años. El matrimonio del Conde Ramón Berenguer IV de Barcelona con la reina Petronila de Aragón se produjo con una diferencia entre los esponsales (1137) y la boda (1150) de 13 largos años. Por tanto, a partir de la Leyes de Toro, si cualquiera de los esposos moría después de la cópula, es decir, después de consumado el matrimonio, la mujer ganaba cuanto el esposo le había dado. Si hubiere arras, tendrá que elegir entre uno de los dos (arras o los bienes dados) dentro de 20 días después de ser requerida por los herederos del marido y si no lo hacía, elegían los herederos.

Una duda que se planteaba era si la cópula precedía a los esponsales, si podía por ello adquirir la esposa la mitad o el todo de los bienes del marido. Entienden los autores de la época que la cópula antes de los esponsales no sería conyugal sino “ilícita y fornicaria y por tanto no era acreedora la mujer a recibir ningún lucro de lo que se le había dado en concepto de esposa”³⁴⁷. La Ley LII garantiza que la esposa ganará la mitad de lo que le hubiese dado el marido si la besó antes de consumar el matrimonio; por tanto, si no la besó, no ganaría nada. No se tenía por beso esponsalicio cualquier beso. Se distinguía entre el beso de esposos (posterior a los esponsales) y el beso de personas libres, en cuyo caso se reputaba “ilícito y reprobable, más digno de castigo que de premio” y que, por tanto, no se adquiría derecho alguno³⁴⁸.

Si el beso se producía después de los esponsales, pero antes de la donación, la mujer ganaba igualmente la donación prometida; igualmente para el caso de la cópula entre los esposos antes del matrimonio, aunque en este punto no se da unanimidad en la doctrina de la época, tal como expone LLAMAS Y MOLINA³⁴⁹. Ríos de tinta se han escrito acerca de estas leyes, por cuanto su interpretación daba lugar a una enorme casuística, ya fuera por la intención en los actos del matrimonio o bien si el compromiso de matrimonio era libre o no, etc.

³⁴⁶ LLAMAS Y MOLINA, Sancho, *ibidem*, Tomo II, pág. 151, ap. 21 y 22.

³⁴⁷ LLAMAS Y MOLINA, Sancho, *ibidem*. Recogiendo la interpretación de la doctrina mayoritaria de la época como Palacios Ruvios, Antonio Gómez, y Covarrubias, Tomo II, pág. 431.

³⁴⁸ LLAMAS Y MOLINA, Sancho, *ibidem*, Tomo II, pág. 152, Ap.24.

³⁴⁹ LLAMAS Y MOLINA, Sancho, *ibidem*, Tomo II, pág. 153, Ap.29

Entendemos que no se trataba -como apunta LLAMAS Y MOLINA- de castigar un acto moralmente reprochable, sino que la ley prescinde del afecto o intención del acto (beso o cópula). Solo exige por título suficiente para la adquisición que entre ambos medie la cualidad personal de esposos, y como esto no se verificaba si precedía a los esponsales, nada ganaba la mujer por un beso antes de tener la cualidad de esposa.

Por su parte, ÁLVAREZ POSADILLA³⁵⁰ interpreta que las donaciones hechas entre los esposos antes del matrimonio, no tienen efecto hasta que se consuma el mismo, salvo en caso de desposorio y beso esponsalicio donde la mujer, y solo ella, ganaba la mitad de lo donado, en caso de que no llegara a consumarse por causa ajena a su voluntad.

El motivo de que la ley LII hiciera esta distinción entre el hombre la mujer se debe -en opinión de GÓMEZ³⁵¹- a que la mujer, “decae de su honor y estimación en que la besen y por lo mismo es muy conforme que en recompensa de ello tenga algún premio para que con este interese y encuentre con quien casar, todo lo cual se verifica por el contrario en el hombre.” Entendemos -por el contrario- que la Ley LII no trata de compensar esa pérdida del honor femenino, sino más bien de consolar a quien, sin culpa, perdió a su esposo con quien estaba comprometida para matrimonio inminente. Si la Ley hubiera pretendido compensar el honor perdido, estaría en cierto modo incentivando a las mujeres a perder el honor por dinero y desde luego, no era esa la intención del legislador.

Cuando la Ley LII habla de los bienes que el marido le hubiese dado a la esposa, podemos plantearnos la duda de a qué bienes se refiere. Esta duda no es baladí puesto que existían seis especies de donaciones que generalmente se verificaban entre los esposos³⁵²:

1-*Sponsalitia largitas*, que era una donación que se hacía con la esperanza y por causa del futuro matrimonio. Si este no se producía, pero hubo ósculo esponsalicio la mujer ganaba la mitad de dicha donación. No era igual a la inversa, pues se entendía que la *muger decae de su honor y estimación en que la besen, y por lo mismo es muy conforme que en recompensa de ello tenga algún premio, para que con este interese, cubriendo de algún modo aquel defecto, encuentre con quien casar: todo lo cual se verifica por el contrario en el hombre.*

³⁵⁰ ÁLVAREZ POSADILLA, Juan, *ibidem*, pág. 310.

³⁵¹ GÓMEZ, Antonio, *ibidem*, pág. 266.

³⁵² GÓMEZ, Antonio, *ibidem*, pág. 266.

2-Donación *propter nuptias*: la que el padre hace al hijo por razón de matrimonio.

3-Donación de *arras*: aquella que hace el marido a la mujer en remuneración de dote, virginidad y circunstancias, aunque se haga después de contraído el matrimonio por ser donación remuneratoria.

4-La *dote*: la que da la mujer, sus padres o parientes al marido por razón del matrimonio para contribuir a las cargas del mismo, ya sea por tradición (entrega de la cosa) o promisión. Si se producía la disolución matrimonial, la dote debía ser restituida a la mujer y no a su padre, ya que por el matrimonio la mujer ya salió de la patria potestad del padre, tal como dispone la Ley 47 de toro³⁵³.

5-Donación *inter virum et uxorem*, es simple y gratuita y está prohibida como medida protectora para que los esposos no se arruinaran por el amor que se tuvieran, y entregaran su patrimonio al cónyuge.

6-La donación o división de la masa ganancial una vez disuelto el matrimonio, por imposición de la ley.

Entendemos que la Ley LII se refería a la primera donación y no a las siguientes.

No habla la Ley de las donaciones entre esposos *inter virum et uxorem* pues expresamente se refiere a las donaciones antes del matrimonio. No obstante, cabe precisar que estaban prohibidas las donaciones simples y sin causa. No es el caso de las donaciones remuneratorias en la parte que sea justa esa remuneración, en opinión de ÁLVAREZ POSADILLA³⁵⁴, y no sea por tanto, mera liberalidad, como si un viejo plebeyo se casara con una doncella noble (*propter virginitatem, juventutem et nobilitatem*).

Por tanto, esta prohibición general gozaba de unas excepciones: no se consideraban nulas si se trataba de venta, permuta u otro contrato oneroso, o si la donación se hizo para obtener honores, dignidad u otra cosa semejante, como ocurría en el caso de matrimonio entre un viejo e innoble con una joven e hidalga. También se admitía, en opinión de GÓMEZ, en caso de que el donante no quedara más pobre después de la donación y en el caso de que la donación se realizara entre personas Reales. Por derecho

³⁵³ GÓMEZ, Antonio, *ibidem*, pág. 279.

³⁵⁴ ÁLVAREZ POSADILLA, Juan, *ibidem*, pág. 312.

Real, la mencionada prohibición se entendía que tenía tan solo vigencia de un año desde que se contrajo matrimonio³⁵⁵.

En caso de duda sobre si la donación *propter nuptias* se hizo antes o después del matrimonio, se presumía que, si se hizo en casa de la mujer, entonces se produjo antes del matrimonio, pero si la donación se realizó en casa del marido, se presumía que se hizo después del matrimonio y por tanto era nula³⁵⁶.

3.2.3- La capacidad de obrar de la mujer: imposición de la licencia marital

La incapacidad de la mujer se centraba en el matrimonio. La mujer soltera y la viuda podían disponer libremente de sus bienes. Ello viene a demostrar que el fundamento de esta incapacidad ya no era la debilidad de su sexo, como se decía en la antigüedad³⁵⁷, sino la concepción del matrimonio como una unidad necesitada de una sola cabeza o autoridad que se encargara de su visibilidad y su gestión patrimonial. Las leyes de Toro vinieron a establecer una limitación legal importante a la capacidad de obrar de la mujer: la licencia marital³⁵⁸.

La reina que se proclamó tal sin autorización ni conocimiento de su marido, Dña. Isabel la Católica, aprobó la imposición de la licencia marital. Esta afirmación que parece ilógica a simple vista tiene mucha hondura. La mujer medieval, según la documentación de la época, trabajaba en el campo, la manufactura, la actividad comercial y artesanal³⁵⁹. Debido a que los hombres andaban en gran parte luchando al servicio de los nobles, las mujeres permanecían al frente de la casa, el negocio o el taller, solas en muchos casos y siempre sometidas al marido. Prueba de ello son tanto las Jarchas como los Cantares de Gesta como los Villancicos medievales escritos en mozárabe los primeros, en galaico-portugués los segundos y castellano los terceros respectivamente; tenían en común el

³⁵⁵ GÓMEZ, Antonio, *ibidem*, pág. 303.

³⁵⁶ GÓMEZ, Antonio, *ibidem*, pág. 267.

³⁵⁷ Partida V Título XII Ley III., *ibidem*, pág. 278.

³⁵⁸ GÓMEZ, Antonio, *Ibidem*. Las causas que sustentaban dicha imposición fueron, en opinión de Nolasco de Llano las siguientes: *(la mujer) debe respetar a este (al marido) como cabeza y se halla baxo su potestad, principalmente en tres cosas: Primero en quanto á la residencia y cohabitación que debe hacer con el marido; Segunda: en lo respectivo á la presentación de obras que está obligada á hacerle; y Tercera: en lo tocante á la sujeción que debe sufrir á la jurisdicción y domicilio del marido*, pág. 311.

³⁵⁹ IRADIEL, Paulino, "Familia y función económica de la mujer en actividades no agrarias", en *La condición de la mujer en la Edad Media*, Coloquio Hispano-Francés, Casa de Velázquez, Madrid, 1986, pág. 223.

tema: la queja femenina por la ausencia del amado. Las leyes de Toro tuvieron en este punto un aspecto muy positivo: vinieron a clarificar y posibilitar a la mujer su actuación en el tráfico jurídico. La mujer estaba limitada en su capacidad de obrar sin remedio. La licencia marital abre la posibilidad de actuación de la mujer, aunque para ello deba obtener la autorización de su marido. No es que se considerara a la mujer casada incapaz, sino con capacidad limitada; esta limitación trae causa no es su ingenuidad, como se decía antiguamente, sino por razones de subordinación a un único mando familiar: el del marido, con el fin de preservar la unidad familiar.

No pensemos que la autorización marital fue un invento de los Reyes Católicos. Diversos territorios europeos acogieron el *derecho común* mediante la Recepción³⁶⁰, Derecho que colocaba a la mujer bajo una suerte de tutela ejercida por el marido, que gobernaba la familia. Las ideas humanistas del Renacimiento apoyaban el concepto de superioridad del marido, por lo que equiparaba la capacidad de la mujer con la del menor o incapaz. En Francia, el llamado *droit coutumier*³⁶¹ y toda su legislación posterior, imponía la necesidad de autorización marital para la mujer casada hasta bien entrado el Siglo XX con la aprobación de la modificación del Código civil de 1938 en la que se remplace la autoridad marital por el principio de preponderancia del marido como jefe de la familia en la fijación del domicilio familiar, estableciendo la plena capacidad civil de la mujer, entre otras reformas³⁶². Mientras en Francia triunfaba la ley sálica que, no excluían a la mujer del poder en el reino de Francia, pero le impedía reinar a título propio, lo cierto es que fue utilizada y manipulada para ese fin³⁶³, (igualmente ocurría en Aragón).

³⁶⁰ RAGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe, “Evolución histórica de los derechos de la mujer”, en *Anuario de la Facultad de Derecho de La Rioja*. Nº 12 y 13, 1994-1995, La Rioja, 1995, pág. 322 y ss.

³⁶¹ Leyes consuetudinarias francesas que fueron recopiladas por los juristas durante los siglos XIII y XIV sancionadas por el poder real en 1454, 1494 y 1509. Impresas y adoptadas como fuentes de derecho consuetudinario francés, finalmente compiladas en la *Coutume de Paris* de 1510. FAURÉ, Christine, *Enciclopedia histórica y política de las mujeres: Europa y América del Norte*. (Título original: *Encyclopédie Politique et Historique des femmes. Europe. Amérique du Nord*. Francia .1997), Akal, Madrid, 2010.

³⁶² SÁINZ-LÓPEZ NEGRETE, Manuel, “El nuevo régimen matrimonial francés”, en *Revista crítica de Derecho Inmobiliario*, Núm. 455, Vlex Julio-Agosto 1966, págs. 863-914.

³⁶³ La *Loi Salique* extraída del *Pactus legis salicae* (siglos VI a IX) se exhumó en 1358 y fue reactivada y discutida en el SXV, adquiriendo en el S.XVI la categoría de ley francesa pública o fundamental y convirtió a Francia en un país donde las mujeres quedaban excluidas del poder. Se trataba de una interpretación retorcida e infiel de la ley sálica original que lo que establecían era la herencia de la tierra sálica a los varones. No hacían referencia a la exclusión de la mujer del poder en ningún reino de Europa. La interpretación de dichos textos fue controvertida. Mientras unos autores defendían la exclusión política

En Castilla las mujeres reinas ejercían el poder directamente y por derecho propio. Es el caso de Dña. Urraca Alfonso, reina de Castilla y León (S.XII), Dña. Berenguela, reina de León y de Castilla (finales S.XII y principios del XIII), Dña. María de Molina, reina de Castilla y León (finales del S. XIII y principios del S.XIV), e Isabel la Católica, reina de Castilla y León y posteriormente reina de España (finales S.XV y principios del S. XVI)³⁶⁴.

La Ley LV recogía de manera explícita la prohibición: la mujer, sin licencia de su marido, no podía celebrar contrato, ni separarse de él, ni presentarse en juicio³⁶⁵.

La mujer no podía, durante el matrimonio, sin licencia de su marido, repudiar herencia alguna; tan solo podía como mucho, aceptarla con beneficio de inventario si lo había realizado sin consentimiento del marido. Por tanto, lo que se le permiten son actos que puedan beneficiar al marido. La causa de esta limitación está en que repudiar una herencia se entendía que perjudica al marido, como también aceptar una herencia sin beneficio de inventario, pues podría ocurrir que hubiera que pagar más que lo que importa la herencia. Así lo recoge la Ley LIV³⁶⁶.

El alcance de la limitación sobre los bienes sometidos a licencia marital no guarda unanimidad en la doctrina. Por un lado, MUÑOZ GARCÍA³⁶⁷ entiende que el marido concedía autorización a la mujer para todas las posibles actuaciones jurídicas de ella, para completar la personalidad y capacidad jurídica que por el mero hecho de haber contraído matrimonio la mujer tiene menguada o limitada. En la misma línea

de la mujer, como Richard Lescot (1350), Jean de Montruil (1500), Jean Juvenal des Ursins hijo (1430) otros juristas de la época proponen una lectura distinta del derecho consuetudinario francés, con el objeto de asentar la exclusión política de las mujeres en el derecho natural que privilegiaba el poder masculino. FAURÉ, Christine, *ibidem*, págs. 22 y ss.

³⁶⁴ PASTOR, Reina, “Sombras y luces en la historia de las mujeres medievales”, en *Tópicos y realidades de la Edad Media*, Tomo II, Real Academia de la Historia, Madrid, 2000, pág. 199.

³⁶⁵ ÁLVAREZ POSADILLA, Juan, *Ibidem*. Ley LV, pág. 327: *La muger durante el matrimonio, sin licencia de su marido, como no puede hacer contrato alguno, así mismo no se pueda apartar ni se desistir de ningún contrato que á ella toque, ni dar por quito á nadie de él; ni pueda hacer quasi contrato, ni estar en juicio, haciendo ni defendiendo sin la dicha licencia de su marido; y si estuviere por sí, o por su procurador, mandamos que no vala lo que hiciere.*

³⁶⁶ Ley LIV de Toro: *La muger durante el matrimonio no pueda sin licencia de su marido repudiar ninguna herencia que le venga ex testamento, in ab intestato: pero permitimos que pueda aceptar sin la dicha licencia cualquier herencia ex testamento et ab intestato con beneficio de inventario, y no de otra manera.* GÓMEZ, Antonio, *ibidem*, pág. 309.

³⁶⁷ MUÑOZ GARCÍA M^o José, *ibidem*, pág. 101.

NEUKIRCHEN³⁶⁸ afirma que era necesaria la licencia del marido para todos los actos de disposición de la mujer casada según la Ley LV de Toro. Añade que la Ley LVI de Toro regulaba la licencia marital como sistema de carácter general y necesario para la válida actuación de la mujer casada.

En cuanto a los autores de la época, tampoco guarda unanimidad la doctrina. Tal como lo interpretaba ÁLVAREZ POSADILLA³⁶⁹, dicha limitación alcanzaba a todos los bienes y, por tanto, no tendrían validez ni siquiera contratos que supusieran una ventaja o utilidad para la mujer, si el marido se empeña en no ratificar dicho contrato; aunque deja claro que no todos los autores de su tiempo lo interpretan de la misma manera. De hecho, la misma Ley LIX establece la posibilidad de que en ausencia del marido, pueda el juez dar esa licencia necesaria.

Sin embargo, entendemos que la limitación sobre los bienes sometidos a licencia marital no se refería a cualquier bien, sino que se refería a los bienes dotales, los bienes del esposo y los bienes devengados durante el matrimonio. Esos bienes estaban sometidos a la administración del marido. No necesitaba la mujer dicha licencia para la administración y disposición de los bienes parafernales, ya que eran de su propiedad. Hasta la publicación de las Leyes de Toro era impensable que la mujer hubiera podido administrar los bienes dotales o gananciales, con o sin autorización de su marido. Por esta razón entendemos que la exigencia del requisito de la licencia marital no supuso una limitación más a la capacidad de obrar de la mujer, sino que, por el contrario, le abrió la posibilidad de intervención en la administración y control de bienes que, con anterioridad, solo correspondían al marido. Prueba de ello era la opinión de GÓMEZ³⁷⁰: la mujer tenía libertad para la realización de contratos sobre los bienes parafernales y *extradotem* aportados al matrimonio, sin necesidad de licencia marital, puesto que eran de su propiedad. No cabía la posibilidad de realizar contratos sobre bienes dotales ya que el propietario y administrador de dichos bienes era el marido. Sin embargo, todos aquellos bienes que fueran devengados constante matrimonio, es decir, los frutos producidos de cualquier bien, pertenecían a ambos cónyuges, y por tanto sí necesitaban la licencia marital.

³⁶⁸ NEUKIRCHEN, Petra, “Historia de la mujer e historia del matrimonio”. *Seminario familia y élite de poder en el reino de Murcia. S. XV-XIX*. Ponencia Congreso Internacional Historia de la familia. Nuevas perspectivas sobre la sociedad europea. Murcia, 14,15 y 16 de diciembre de 1994, pág. 149.

³⁶⁹ ÁLVAREZ POSADILLA, Juan, *ibidem*, pág. 327.

³⁷⁰ GÓMEZ, Antonio, *ibidem*, pág. 311 y ss.

La Ley LV³⁷¹ recogía la limitación de la capacidad de la mujer casada para obligarse judicial o extrajudicialmente especificando actuaciones concretas que la mujer no podía realizar sin licencia marital: la mujer no podía celebrar contratos, rescindir contratos realizados con anterioridad al matrimonio, liberar obligaciones, cuasicontratar, comparecer en juicio (sí testificar).

No obstante, la Ley LVI viene a reconocer la posibilidad de que el marido otorgara a su mujer una licencia general para que hiciera todos aquellos contratos que estimare oportunos, concretamente los actos prohibidos por las leyes LIV y LV ya mencionadas. Si el marido se negaba a dar licencia a su mujer, para hacer lo que le prohíben las leyes anteriores, la mujer podía acudir al juez para que, si estimaba la causa legítima y necesaria, compeliere al marido para que prestara la licencia solicitada; si éste se resistía a darla, podía darla el juez, en virtud de la Ley LVII.

Otro aspecto que contemplan las Leyes de Toro es la posibilidad de ratificación de actuaciones realizadas por la mujer sin consentimiento del marido: la Ley LVIII³⁷² prevé la posibilidad efectiva de ésta ratificación. La doctrina de la época³⁷³, concretamente PALACIOS RUVIOS, viene a distinguir entre la capacidad del menor y la capacidad de la mujer casada; en el caso de los menores, la ley constataba que no eran válidos los actos realizados por ellos sin consentimiento del tutor, ni se revalidaban por el posterior consentimiento. Por el contrario, en el caso de la mujer la ley prevé expresamente ésta revalidación y lo fundamenta en que ello se debe a que no se trata de una licencia propiamente dicha, sino de un consentimiento.

Sin embargo, GÓMEZ³⁷⁴ lo interpreta de manera distinta: entiende que vale el contrato hecho por la mujer sin licencia ni ratificación del marido, siempre que a ella le sea útil, a semejanza del formalizado por el menor sin la autorización del tutor o curador.

Los contratos celebrados por ambos cónyuges con un tercero, no necesitaban la licencia marital para la mujer por entenderse que existe un tácito permiso del marido.

³⁷¹ Ley LV de Toro: *La muger durante el matrimoniosin licencia de su marido como no puede hacer contrato algùn: asimismo no se pueda apartar ni se desistirde ningún contrato que á ella toque, ni dar por quito á nadie de el; ni pueda hacer quasi contrato, ni estar en juicio, haciendo ni defendiendo sin la dicha licencia de su marido; y si estuviere por si o por su procurador, mandamos que no vala lo que hiciere.* ÁLVAREZ POSADILLA, Juan, *ibidem*, pág. 327.

³⁷² Ley LVIII de Toro: *El marido pueda ratificar lo que su muger hubiere hecho sin su licencia, no embargante que la dicha licencia no haya precedido: ora la ratificacion sea general ó especial.* ÁLVAREZ POSADILLA, Juan, *Ibidem*, pág. 329.

³⁷³ LLAMAS Y MOLINA, Sancho, *ibidem*, pág. 456.

³⁷⁴ GÓMEZ, Antonio, *ibidem*, pág. 312.

Así mismo MATIENZO defiende que cuando se requiere el consentimiento pro forma o solemnidad para algún acto, debían intervenir al mismo tiempo. Pero cuando el consentimiento se pide en favor de aquella persona que lo ha de prestar, entonces se entiende que no lo requiere pro forma, porque solo mira la utilidad del particular del que ha de consentir y en tal caso, no es necesario que preceda al acto, sino que basta que subsiga; pero al contrario, si el consentimiento se exige de aquella persona a quien nada le interesa que se celebre o no el acto, entonces se ha de decir que el consentimiento se exige pro forma y solemnidad, porque se dirige a legitimar y autorizar la persona del que ha de celebrar el acto, y debe necesariamente prestarse al tiempo del acto.

ÁLVAREZ POSADILLA precisa que la ratificación bastaba que fuera general, no era necesario que fuera especial³⁷⁵.

Entendemos que la falta de licencia marital y ratificación posterior del contrato no lo hacían nulo de pleno derecho sino anulable y que por tanto producía plenos efectos jurídicos mientras no se solicitara la autorización marital, que a posteriori subsanaba el contrato. Entendemos que no bastaba que le fuera útil a la mujer -como defiende GÓMEZ- para validar el contrato, puesto que lo que la ley trata de evitar es el daño posible al patrimonio familiar y por tanto al marido.

3.2.4- La posibilidad de ser fiadora de su marido

La prohibición de afianzar concretamente al marido es regulada en la Ley LXI³⁷⁶ de Toro. La mujer podía obligarse como principal y el marido en calidad de fiador; sin embargo, el caso contrario, estaba expresamente prohibido: la mujer no podía salir fiadora de su marido, ni siquiera en provecho de ella misma³⁷⁷.

En Derecho romano, la mujer tenía prohibido interceder en general y afianzar al marido en particular a través, respectivamente, del *Senadoconsulto Veleyano* y de la *Autentica si qua mulier* consecuencia de la coexistencia y complemento que se daba a los principios de protección y prohibición de la mujer. Se establecía la prohibición de

³⁷⁵ ÁLVAREZ POSADILLA, Juan, *Ibidem*, pág. 339.

³⁷⁶ Ley LXI de Toro: *De aquí adelante la muger no se pueda obligar por fiadora de su marido, aunque se diga y alegue que se convirtió la tal deuda en provecho de la muger.* ÁLVAREZ POSADILLA, Juan, *ibidem*, pág. 332.

³⁷⁷ “Por la fragilidad de su sexo” explica Antonio Gómez. GÓMEZ, Antonio, *ibidem*, pág. 314.

interceder y por tanto se limitaba su campo de actuación, pero a la vez con ello, se protegía a la mujer de los perjuicios o peligros que, por falta de conocimientos en asuntos jurídicos o de práctica contractual, pudiera verse perjudicada³⁷⁸. Justiniano modificó el régimen general del *Senadoconsulto Veleiano* regulando de nuevo y de manera específica la intercesión de la mujer en favor del marido, a partir de la cual será nula toda fianza de la mujer al marido *ipso iure* a no ser que se pruebe que fue efectuada en beneficio de la propia mujer³⁷⁹.

Algunos autores mantienen que esta prohibición no se estableció con afán de limitar los derechos de la mujer, sino con el fin de protegerla, razón por la cual se entiende que era un derecho renunciable³⁸⁰. Bastaba una renuncia personal a ese derecho. Prueba de ello es que algunos contratos matrimoniales recogían esta renuncia expresamente³⁸¹: “...y yo la dha. Francisca Ximenes rrenuncio las leies deel emperador Justiniano senatus consultas beleiano leyes de toro y partida y las demás favorables a las mugeres que quiero no me balgan...”³⁸². No parece éste un argumento de peso. La mayor parte de la población masculina que salía fiador de otro o de su esposa no eran expertos en Derecho, y sin embargo no pesaba sobre ellos esta prohibición. Entendemos que esta Ley quiere proteger a la mujer porque en la idea del legislador pesan muchos siglos de historia en los que la mujer ha dado la administración de todos sus bienes a su marido y acababa desentendiéndose por completo de todos los asuntos patrimoniales. En estas circunstancias la mujer quedaba expuesta a que su marido acabara quitándole todo.

³⁷⁸ Algunos Fueros locales ya habían recogido la prohibición general de afianzar para la mujer, en aplicación del *Senadoconsulto Veleiano*, con tres excepciones para la mujer casada: primero, que el marido la hubiere autorizado, segundo, que la obligación fuera menor a cinco sueldos o un maravedí y tercera, si es panadera o de “*bohon*”, en cuyo caso puede afianzar a un tercero. MUÑOZ GARCÍA María José, *ibidem*, pág. 450.

³⁷⁹ D’ORS, Álvaro, “La llamada *Auténtica si qua mulier*”. *Anuario de Historia del Derecho Español*, Tomo, 18, 1974, págs. 674 y ss.

³⁸⁰ MUÑOZ GARCÍA María José, *ibidem*, pág.83: “...se estima que la mujer es lega en Derecho y desconocedora de la trascendencia jurídica de tales actos, se aconseja mantener a la mujer ausente de la vida pública. Todo lo cual entraña un grave riesgo, a fin de cuentas, para sus propios intereses.”

³⁸¹ Contrato matrimonial. A.H.P.S, oficio 13, año 1640, Libro 1, Folio 317. Recogido NEUKIRCHEN, Petra, *ibidem*, pág. 145.

³⁸² En el mismo sentido Contrato matrimonial, A.H.P.S, oficio 13, año 1650, Libro 3, Folio 393: “...otrosi las dha Leonor y doña Dionisiasu hija en caso que sea necesario rrenunciar el auxilio y leyes de beleiano y toro y partida y las demás favorables a las mugeres para que no les balgan...declaran la otrogan de su libre boluntad y que en contrariodelo aquí contenido no tienen fecha pretestasion ni reclamasion y si paresiere haber la fecha aber la fecha o la hicieren, la rrebocan y dan por ninguna ni pedirán beneficio de rrestitusion ni absolusion ni relaxasion deste juramento”. Recogido NEUKIRCHEN, Petra, *ibidem*, págs. 145 y 146.

No obstante, las Leyes de Toro introducen una novedad: si en el derecho común existía prohibición de fianza por la mujer, tanto para con un particular cuanto a favor del fisco, a partir de la las Leyes del Toro, la mujer podía quedar obligada por débitos públicos y fiscales, bien en concepto de fiadora, bien en concepto de corresponsable con su marido³⁸³.

Sí podía obligarse mancomunadamente con su marido, pero solo se le entendía responsable a cuanto resultare en utilidad de la mujer³⁸⁴. Cuando el provecho admitido para la mujer en la obligación mancomunada resultaba ser el de las cosas necesarias para ella y su familia, se la exoneraba de responsabilidad porque se consideraba que era el marido el único responsable. La Ley LXI de Toro venía a reconocer y recoger el campo de actuación de la mujer casada sin necesidad de licencia marital ni judicial en aquellos negocios jurídicos que fueran necesarios para el normal desarrollo de la vida ordinaria familiar³⁸⁵.

3.2.5- El privilegio de no poder ser apresada o detenida por ninguna deuda que no proceda de delito

Por último, quisiera comentar la Ley LXII³⁸⁶, que viene a conceder a la mujer el privilegio de no poder ser apresada o detenida por ninguna deuda que no proceda de delito, a no ser *que manifiestamente sea mala de su persona*.

Esta ley establece una discriminación en favor de la mujer, basada en las mismas causas que las protecciones jurídicas anteriormente comentadas. No se trata de que la mujer no conozca el Derecho y la Ley traiga causa en la *ignorancia iuris*, puesto que tampoco los

³⁸³ GÓMEZ, Antonio, *ibidem*, pág. 315-316. Ley LXI de Toro.

³⁸⁴ GÓMEZ, Antonio, *ibidem*, pág. 315. Para lo cual, no bastaba la confesión de la mujer, que tenía poco o ningún valor, sino que era necesario una real y verdadera justificación con el fin de evitar posible fraude el fraude. En caso de que no resultare de utilidad a la mujer, quedaba obligado el marido por el total.

³⁸⁵ Esta parte de la Ley LXI se ha venido apuntando como antecedente directo de la institución denominada en el S. XIX “*potestad doméstica de la mujer casada*” porque, aunque ya en el Derecho visigodo existía la llamada “*potestad de las llaves*” y en los Fueros locales los llamados “*fechos mujeriles*” estos eran los antecedentes remotos de la institución. MUÑOZ GARCÍA María José, *Limitaciones a la capacidad de obrar de la mujer casada en el Derecho histórico español. Especial referencia a las leyes 54 a 61 del Ordenamiento de Toro y a su proyección*, Universidad de Extremadura, Badajoz, 1989, pág. 451.

³⁸⁶ Ley LXII: *Ninguna muger por ninguna deuda que no descienda de delito, pueda ser presa ni detenida si no fuere conoscidamente mala de su persona*. ÁLVAREZ POSADILLA, Juan, *ibidem*, pág. 337.

hombres eran todos expertos en derecho. El fundamento está en la tradicional voluntad de apartar a la mujer de los tribunales y al hecho de que el patrimonio de la mujer no solía ser manejado por ella sino por su padre, mientras era soltera y por su marido cuando se casaba. Aunque la Ley no lo precisa, entendemos que se refiere solo a los delitos civiles, ya que la Ley LXXVII viene a establecer la responsabilidad penal de la mujer en plano de igualdad con los hombres, llegando además en la Ley LXXVIII a la posibilidad de perder todos sus bienes, incluso los dotales³⁸⁷. Prueba de ello es que este privilegio femenino no era exclusivo. La Ley LXXIX³⁸⁸ recoge el mismo derecho para los hijosdalgo³⁸⁹, y otros privilegiados (la nobleza), siempre que la deuda no provenga de delito. Esta ley viene a reiterar la referencia a un delito que no fuera de base penal.

LLAMAS Y MOLINA³⁹⁰ plantea la duda sobre si la excepción que pone la última parte de la Ley afecta tanto a las mujeres casadas como a las solteras.

Entendemos que afecta tanto a solteras como a casadas, puesto que de no ser así la indicada Ley habría aclarado la diferencia. Por otro lado, no parece razonable que se planteara el matrimonio como una excusa para cometer delitos civiles que no pueden cometer las mujeres solteras. Tampoco entendemos que se cometiera injuria contra el matrimonio si la mujer casada “mala de su cuerpo” cometiera delitos civiles, pues no se trata de un delito contra el matrimonio como podía entenderse del adulterio (que solo podía denunciarlo el marido), sino de una deuda. La mujer casada, para gozar de este privilegio, debía vivir el matrimonio honestamente. Igualmente, la mujer soltera. Además, tomamos también como argumento que probablemente, el antecedente de esta Ley se encuentra en las Partidas³⁹¹, cuando afirmaban que *Dueña casada, ó vibda ó soltera ó otra muger que viva honestamente en su casa, non debe ser emplazada ninguna dellas de manera que sea tenuta de venir personalmente ante los juzgadores para facer derecho en pleito que no sea de justicia de sangre...*

³⁸⁷ Ley LXXVIII de Toro: *La muger, durante el matrimonio por el delito puede perder en parte, ó en todo sus bienes dotales, ó de ganancia, ó de otra qualquiera qualidad que sean.* ÁLVAREZ POSADILLA, Juan, *Ibidem*, pág. 404.

³⁸⁸ Ley LXXIX de Toro: *Ordenamos y mandamos que las leyes de estos Reynos que disponen que los hijosdalgo y otras personas por deuda no puedan ser presos, que no hayan lugar ni se platiquen si la tal deuda descendiere de delito ó quasi delito; antes mandamos que por las dichas deudas estén presos como si no fueran hijosdalgo ó exentos.* ÁLVAREZ POSADILLA, Juan, *ibidem*, pág. 406.

³⁸⁹ Hijosdalgo: es en España aquel que descende de antigua y privilegiada sangre. ÁLVAREZ POSADILLA, Juan, *ibidem*, pág. 407.

³⁹⁰ LLAMAS Y MOLINA, Sancho, *ibidem*, pág. 198.

³⁹¹ Partida 3ª, Título VII, Ley III., *ibidem*, pág. 444.

GREGORIO LÓPEZ³⁹² se inclina a interpretar esta ley en el sentido de que la mujer casada, para gozar de éste privilegio, debe vivir el matrimonio honestamente fundándose en que la ley tanto exige honestidad a las solteras como a las casadas. Así mismo se posiciona LLAMAS Y MOLINA por entender que no debe aprovechar a la mujer casada el matrimonio para gozar de los beneficios de esta ley y aunque es cierto que en principio, solo el marido podía acusar a la mujer de adulterio, también el juez podía de oficio proceder contra la mujer por razón de escándalo, a fin de corregirla.

Por el contrario, MATIENZO y ACEVEDO³⁹³, así como COVARRUBIAS³⁹⁴ interpretan que esta ley se refiere únicamente a las mujeres solteras, cuyo beneficio solo les atañe *si viven honestamente la soltería y no de manera lujuriosa*, pues la mujer casada solo podía ser acusada por su marido de adulterio, de lo que deducía que si la mujer casada cometía adulterio, se le privaría del privilegio de no poder apresarla por deuda, se cometería una injuria contra el matrimonio, admitiéndose únicamente en el caso de que el marido tenga conocimiento de los actos de su mujer.

Esta norma venía a establecer la imposibilidad de apresar a una mujer por delitos civiles, con dos excepciones³⁹⁵:

- 1º- Que la mujer fuera tutora o curadora de sus hijos y hubiere renunciado al *Veleyano*.
- 2º- Que la mujer fuera considerada ramera³⁹⁶. Aunque la mujer ramera no podía ser apresada por delito civil si estaba casada, esta prohibición cesaba si el marido lo consentía.

En cuanto a las consecuencias patrimoniales por los delitos, llama la atención el tratamiento igualitario que la ley plantea para los dos cónyuges, en su Ley LXXVII: “por el delito que el marido o la mujer cometiere...no pierda el uno por el delito del otro sus bienes...”. Aunque el marido tenía la administración de toda la masa ganancial y tenía poder para enajenarlo, se entendía que esto procedía de contrato y no de delito.

³⁹² LLAMAS Y MOLINA, Sancho, *ibidem*, pág. 467.

³⁹³ MATIENZO (glosa 4ª nº4) y ACEVEDO (nº 32) cita LLAMAS Y MOLINA, Sancho, *Ibidem*, pág. 199, Punto 8.

³⁹⁴ COVARRUBIAS, Parte 2ª de *Sponsalibus*, Capítulo 8, 11. Pág. 68. Cita LLAMAS Y MOLINA, Sancho, *ibidem*, pág. 199.

³⁹⁵ GÓMEZ, Antonio, *ibidem*, pág. 316.

³⁹⁶ *Ramera era aquella muger que se trahe por el lupanar o sitio público para excitar á la entrega de su cuerpo, ó la que por lo menos admire a dos y les lleva su contingente (el qual puede retenerlo, y aun pedir el prometido, respecto de ambos fueros...) y aunque no lo interese, siempre que se de con quarenta: ó por último, se porte con traje y vestimenta propia de tan detestable exercicio.* Definición de GÓMEZ, Antonio, *ibidem*, pág. 316.

Es más, las leyes de Toro vienen a establecer por primera vez la responsabilidad de la mujer en caso de comisión de un delito, con todos sus bienes, cualesquiera que sean incluida la dote³⁹⁷, pues hasta ahora, a la mujer solo se podía confiscar la dote en caso de delitos de extrema gravedad³⁹⁸.

3.3- Efectos patrimoniales *mortis causa* del matrimonio en las Leyes de Toro

Muerto el marido, la mujer quedaba libre de licencias maritales y judiciales.

3.3.1- La ley LI vino a recoger una novedad con respecto a las arras tras la muerte de la mujer³⁹⁹

La Ley LI recogía la imposición de que disuelto el matrimonio por muerte de la mujer, las arras pasan a los herederos hijos o familia de la mujer y no al marido que las dio⁴⁰⁰. Pero si se disolvía el matrimonio por muerte del marido, entonces las arras serán de la mujer al igual que la dote y los bienes gananciales⁴⁰¹.

A partir de ahora, si moría la mujer sin hijos, las arras no pasaban al marido, sino a los herederos de la mujer. Las arras no eran una entrega gratuita, sino que se pactaba acerca de ellas a modo de un contrato oneroso, de manera que la mujer no quería convenir en la boda, si no se le daba tanto por razón de arras. Si bien es cierto que no se hallaba escrito en ninguna ley, dicho contrato, venía a ser una costumbre, con el fin de que la mujer tuviera bienes para el caso de enviudar. Por otro lado, la no aportación de arras era

³⁹⁷ Ley LXXVIII de Toro. Recogida de GÓMEZ, Antonio, *Ibidem*, pág. 348. Este autor llega a precisar que la inclusión de la dote en el patrimonio que responde ante los delitos cometidos por la mujer casada, solo se refiere al caso de que la dote fuera aportada por la mujer. Por tanto, no respondería con aquella dote que hubiera sido aportada por el padre o algún extraño con el pacto de devolución si se disolvía el matrimonio.

³⁹⁸ Se refiere a delitos que le llevara a la condenación a pena capital por la que perdía la vida, la libertad o la ciudad, en cuyo caso adquiriría el marido la dote. Si era condenada por delito de lesa majestad (contra la vida del Soberano o sus familiares), violencia pública, parricidio, veneno u homicidio, la dote era confiscada a favor del fisco con exclusión del marido.

³⁹⁹ Ley LI de Toro: *Si la muger no hubiere hijo del matrimonio en que interviniere promisión de arras, y no dispone expresamente de las dichas arras, que las haya el heredero ó herederos de ella, y no el marido, ora la muger haga testamento ó no.* ÁLVAREZ POSADILLA, Juan, *ibidem*, pág. 307.

⁴⁰⁰ GÓMEZ, Antonio, *ibidem*, pág. 274.

⁴⁰¹ ÁLVAREZ POSADILLA, Juan, *ibidem*, pág. 307.

considerada una ofensa para la mujer por cuanto podía entender que no se reconocía o valoraba su nobleza y/o virginidad. Por tanto pasaba a ser bienes propios de la mujer y posteriormente de sus descendientes. Entendemos que la mujer no podía disponer de los bienes adquiridos a título lucrativo, pero no ocurría lo mismo con aquellos que habían sido adquiridos a título oneroso, como es el caso de las arras que eran bienes propios de la mujer y por tanto podía disponer de ellos, aunque tuviera hijos.

Mucho ha discutido la doctrina de la época acerca de la capacidad de disposición de la mujer sobre las arras. No podemos decir que exista unanimidad entre los autores de la época: mientras ÁLVARO VELASCO⁴⁰² afirmaba que la mujer, aunque pasara a segundas nupcias podía disponer libremente de las arras como de sus bienes propios, ya que dichos bienes se habían sido adquiridos a título oneroso y no lucrativo, pues se adquirieron como recompensa de la dote, la nobleza y la virginidad⁴⁰³; por el contrario, LLAMAS Y MOLINA opina que la ley limitaba la facultad de la mujer: podría disponer de las arras en caso de que no tuviera hijos, *quier en vida* (se supone viuda, ya que sino el usufructo y administración correspondían al marido), *quier en muerte*; por tanto, si los tenía, no podría disponer de las arras⁴⁰⁴.

ÁLVARO POSADILLA⁴⁰⁵ vino a plantear qué pasaría con las arras si la mujer, una vez muerto el marido llevaba una vida lujuriosa. En este caso, entendía que la mujer perdía las arras y cualquier donación que hubiere recibido del marido. Esta opinión se basa, no en la aplicación de alguna ley de Toro, sino en la aplicación supletoria del Fuero de las leyes (Ley 7, Tít. 12 Libro 3) y según la ley del Ordenamiento (Ley final, Tít. 4, Libro 5)⁴⁰⁶.

Entendemos que esta postura no es correcta: aunque la mujer, en el año de viudedad hubiera tenido relaciones con un hombre, no perdía su dote porque el adulterio y su pena solo se verificaba durante el matrimonio y contra el matrimonio. A partir de las Leyes de Toro, solo el marido podía denunciarla y ya estaba muerto. Prueba de ello es el

⁴⁰² VELASCO Álvaro, MOLINA P. *De justicie et de jure*. Tratado 2º, disputa 431 nº9. Recoge LLAMAS Y MOLINA Y ACEVEDO, *ibidem*, Tomo II, pág. 145. Pto. 7.

⁴⁰³ En el mismo sentido ÁLVAREZ POSADILLA, Juan, *ibidem*, pág. 306.

⁴⁰⁴ LLAMAS Y MOLINA Y ACEVEDO, *ibidem*, Tomo II, pág. 148.

⁴⁰⁵ ÁLVAREZ POSADILLA, Juan, *ibidem*, pág. 307 y 308. “Según dispone la Ley 7 del Título 12 Libro 3 del Fuero de las Leyes y según la ley final título 4 libro 5 del Ordenamiento, pierde los gananciales que hubiera adquirido constante el matrimonio.”

⁴⁰⁶ ÁLVAREZ POSADILLA, Juan, *ibidem*, pág. 308.

apunte que recoge GÓMEZ: hasta entonces, estaban prohibidas las relaciones fuera del matrimonio con viuda que fuera “honesta y recogida.” A partir de ahora, atendiendo a la “*general costumbre del Reyno haya permitido y tolerado, y de consiguiente ni se acusa este delito, ni sobre él se procede de oficio, ni por último se les impone á aquellos pena alguna*. Aunque la mujer, en el año de viudedad hubiera tenido relaciones con un hombre, no perdía su dote porque el adulterio y su pena solo se verificaban durante el matrimonio⁴⁰⁷.

3.3.2- La libre disposición de los bienes gananciales y la obligación de reservación de bienes obtenidos por donaciones propter nupcias para ambos: una auténtica declaración de igualdad

La Ley XIV⁴⁰⁸ de Toro vino a ser una auténtica novedad muy beneficiosa para la mujer, acabando con la obligación de reservación sobre los bienes gananciales que tradicionalmente pesaba solo sobre la madre, limitando su capacidad de disposición e igualando las exigencias jurídicas patrimoniales del padre y de la madre. No se trata de resaltar esa libertad de disposición sino de que se exija lo mismo jurídicamente a ambos cónyuges, como ocurre en la siguiente ley donde se recoge la limitación de reservación para los bienes obtenidos por donaciones *propter nupcias*.

Los bienes gananciales son una institución española que no provienen del derecho romano, ni del derecho común, en los que se suponía siempre que todos los bienes existentes en la sociedad conyugal eran del marido, salvo que la mujer demostrara que le correspondían a ella. Los bienes gananciales surgen dentro del derecho castellano como una manera de realzar la dignidad de la mujer, constituyéndola plenamente en compañera del marido⁴⁰⁹.

⁴⁰⁷ GÓMEZ, Antonio, *ibidem*, pág. 364 y 355.

⁴⁰⁸ Ley XIV de Toro: *Mandamos que el marido y la muger, suelto el matrimonio, aunque casen la segunda ó tercera vez ó mas, pueda disponer libremente de los bienes multiplicados durante el primero ó segundo ó tercero matrimonio, aunque haya habido hijos de tales matrimonios, ó de alguno de ellos, durante los quales matrimonios, los dichos bienes se multiplicaron; como de los otros sus bienes propios que no oviesen seydo de ganancia: sin ser obligados a reservar á los tales hijos propiedad ni usufructo de los bienes*. ÁLVAREZ POSADILLA, Juan, *ibidem*, pág.121.

⁴⁰⁹ PACHECO, Joaquín Francisco, *ibidem*, Ap. 44, pág. 229.

Las antiguas leyes del Fuero Juzgo⁴¹⁰ recogían la obligación de reserva para el caso de que la mujer permaneciera viuda. Pero en caso de contraer nuevo matrimonio, la mujer perdía la propiedad y el usufructo: lo perdía todo. En el Fuero Real se establecía una doctrina de troncalidad en cuanto la reserva de los bienes de la madre sobreviviente para los hijos que correspondan en caso de varios matrimonios, de manera que los bienes obtenidos del padre lleguen a los hijos que correspondan y no los hijos de matrimonios siguientes⁴¹¹. Las Partidas⁴¹², igualmente contemplaban esa obligación de reserva de la madre para los hijos del matrimonio anterior, tanto de los bienes gananciales como de los que recibía de su marido. Esta ley inicialmente, solo afectaba a las viudas, hasta que Teodosio y posteriormente Justiniano empezaron a aplicarlo también a los hombres. Era una ley no escrita, pero la jurisprudencia común lo tenía admitido y socialmente reconocido, en opinión de PACHECO⁴¹³.

Por un lado, la Ley XIV de las Leyes de Toro, que disponía: tras la muerte del marido, o disolución del matrimonio por otras causas, la mujer podría disponer libremente de los bienes incluidos en la masa ganancial (“multiplicados” dice la Ley XIV de Toro) que le correspondan (la mitad), sin tener obligación alguna de reservarla a sus hijos⁴¹⁴.

Ésta Ley hace referencia a los bienes gananciales, obtenidos por el rendimiento de su patrimonio constante matrimonio. La administración de los bienes de la mujer y de los gananciales correspondía al marido. Por tanto, la posible disposición de bienes solo podía producirse en caso de muerte del marido o disolución del matrimonio sin hijos ni culpa de la mujer (como era el caso de las llamadas *rameras* o por adulterio). Entendemos que no es solo para el caso de disolución de matrimonio sin hijos, pues claramente la Ley XIV explica que la mujer podrá disponer de sus bienes, una vez disuelto el matrimonio, aunque tuviere hijos de tales matrimonios, es decir, aunque fueran hijos legítimos.

Podemos decir que esta Ley quiere hacer una declaración de igualdad pues parece absurdo conceder al marido un derecho que ya tenía. En efecto, aunque la Ley hable de la no obligación de reservación de los gananciales, tanto para el marido como para la mujer, cabe puntualizar que el marido nunca estuvo obligado a reservar los gananciales

⁴¹⁰ Fuero Juzgo, Libro IV, Tít. II Ley 15. Recoge PACHECO, Joaquín Francisco, *ibidem*, pág. 215.

⁴¹¹ Fuero Real, Libro III Tít. II Ley I. Recoge PACHECO, Joaquín Francisco, *ibidem*, pág. 216.

⁴¹² Partida V, Tít. XIII, Ley XXVI. Recoge PACHECO, Joaquín Francisco, *ibidem*, pág. 220.

⁴¹³ PACHECO, Joaquín Francisco, *ibidem*, Ap. 24, pág. 221.

⁴¹⁴ GÓMEZ, Antonio, *ibidem*, pág. 72 y 73.

y por tanto, cuando la Ley XIV dice “mandamos que el marido y la mujer, suelto el matrimonio...pueda disponer libremente de los bienes” lo hace solo para la mujer, que era la que tenía limitado ese derecho, pero entendemos que tiene una razón para nombrar al marido: la Ley quiere hacer una declaración de igualdad, y lo viene a reafirmar en la ley siguiente, la Ley XV⁴¹⁵, cuando establece la obligación de reservación sobre determinados bienes para ambos cónyuges, estableciendo un término de igualdad, absolutamente novedoso en nuestro derecho. Esta obligación de reservación alcanza, a partir de las Leyes de Toro también a los viudos⁴¹⁶.

Por otro lado, la Ley XV que recoge el deber de reservación, va referido a bienes adquiridos por donaciones *propter nuptias* y bienes heredados de los hijos; novedosa resulta porque viene a incluir al hombre en la obligación que hasta entonces solo pesaba sobre la mujer: el deber de reservar a los hijos del matrimonio anterior los bienes obtenidos por donaciones esponsalicias, las arras y los bienes heredados de los hijos, perdiendo su condición de propietarios sobre esos bienes y pasando a ser únicamente usufructuarios.⁴¹⁷ Las dotes que se daban a las doncellas por viudos ancianos o por su virginidad eran consideradas dotes no lucrativas y por tanto, al ser remuneratorias no pesaba sobre ellos la obligación de reserva⁴¹⁸.

Esta obligación de reserva de la madre (o del padre) tiene fundamento en asegurar que los hijos reciban los bienes del padre (o la madre) que le son legítimos y que podrían perder si la madre (o el padre) tuviera hijos del segundo matrimonio, que nada tienen que ver con el primero. Por tanto, entendemos que no se trata de penalizar al cónyuge que contrae matrimonio por segunda o tercera vez, sino de garantizar que el patrimonio del cónyuge premuerto llegue a sus hijos. Esta obligación se plantea “en todos los casos” según reza la Ley XV, por tanto, no podemos afirmar que desaparece esa obligación de reservación si los hijos consienten en un segundo matrimonio o si el marido del primero lo consiente.

⁴¹⁵ Ley XV de Toro: *En todos los casos que las mugeres casando segunda vez son obligada á reservar á los hijos del primer matrimonio la propiedad de lo que ovieren del primer marido, ó heredaron de los hijos del primer matrimonio: en los mismos casos el varon que casare segunda, ó tercera vez, sea obligado á reservar la propiedad de ellos á los hijos del primer matrimonio. De manera que lo establecido cerca de este caso en las mujeres, que casaren segunda vez, haya lugar en los varones, que pasaren á segundo, ó tercero matrimonio.* ÁLVAREZ POSADILLA, Juan, *ibidem*, pág.124.

⁴¹⁶ PACHECO, Joaquín Francisco, *ibidem*, pág. 213 y ss.

⁴¹⁷ PACHECO, Joaquín Francisco, *ibidem*, pág. 220 y ss.

⁴¹⁸ En opinión de COBARRUVIAS, recogido ÁLVAREZ POSADILLA, Juan, *ibidem*, pág. 125.

ÁLVAREZ DE POSADILLAS, por el contrario, entiende que esta obligación de reservación es *en pena de casarse segunda vez por el generillo de injuria que parece se hace al primer consorte*. Por tanto -razona el autor- no estaban obligados a reservar los bienes habidos del marido si este le concediese licencia para un matrimonio posterior en el testamento o de otro modo. Igualmente se entiende dispensada si los hijos dieran licencia para su segundo matrimonio. Y lo mismo para el marido.

3.3.3- Las donaciones *inter virum et uxorem, causa mortis*

En cuanto a las donaciones *inter virum et uxorem*, estaban prohibidas, salvo que la donación fuera *causa mortis*, y así podían los cónyuges donarse recíprocamente para que el superviviente lucre los bienes del premuerto durante su vida⁴¹⁹.

3.3.4- La Ley LII sobre las donaciones *propter nupcias* y la muerte de uno de los esposos

Tal como hemos comentado, la muerte del esposo antes del matrimonio daba derecho a la esposa a ganar la mitad o la totalidad de la donación *propter nupcias* que le hizo el esposo si existió ósculo o cópula, respectivamente, antes del matrimonio y este no se consumó por muerte del esposo. Si la donación fue de la esposa al esposo, entonces la donación, tras la muerte del marido volvía a la mujer⁴²⁰.

⁴¹⁹ GÓMEZ, Antonio, *ibidem*, pág. 303.

⁴²⁰ ÁLVAREZ POSADILLA, Juan, *ibidem*, pág. 309.

CAPÍTULO V- SITUACIÓN JURÍDICA DE LA MUJER CASADA DURANTE LA ÉPOCA MODERNA: EL MOVIMIENTO COMPILADOR

1-INTRODUCCIÓN HISTÓRICA. PROLIFERACIÓN DEL DERECHO ESCRITO, DESORDENADO Y PROLIJO QUE RESULTA NECESARIO COMPILAR

Tradicionalmente, el final del S.XV abre para los historiadores occidentales el período de la Edad Moderna. Pero la Edad Media no se acabó con el descubrimiento de América en 1492 ni con la toma de Constantinopla por los turcos en 1453; por el contrario, podemos decir que la Edad Media no acabó de morir y dejó en las instituciones y en las mentalidades de los siglos modernos muchos elementos vivos⁴²¹. Después de los numerosos conflictos que habían marcado el siglo XIV y parte del XV, España comienza una época de paz, tanto en España con el final de la Reconquista como el fin de la rivalidad entre Castilla y Aragón con el matrimonio de los Reyes Católicos. En Europa coincide también una época de paz entre Francia e Inglaterra tras la batalla de Castrillón en 1453 y la reconquista de Guyena.

En esta época surge el Renacimiento como un movimiento filosófico, artístico y cultural que probablemente marca la transición de la Edad Media a la Edad Moderna, caracterizado por un constante afán de renovación. En España, se vivía el siglo de oro de la literatura. Nuestro país contó con importantes juristas-teólogos como fueron Domingo de Soto, Fernando Vázquez de Menchaca, Diego de Covarrubias, Melchor Cano, etc., así como importantes autores espirituales que darían lugar a lo que algunos autores⁴²² han llamado la “segunda escolástica” como fueron Teresa de Jesús, Juan de la Cruz, Ignacio de Loyola, Vicente Paúl, Francisco Javier, Francisco de Vitoria, etc.

Con la muerte de Fernando el Católico en 1516, habiendo fallecido la reina Dña. Isabel doce años antes, las dos Coronas fueron heredadas por Carlos V (I de España),

⁴²¹ BENNASSAR, M. B. y JAQUART, J, *Historia Moderna*, Traducción: Fonseca, Dolores, Akal Textos, 5ª Edición, Madrid, 2005, pág. 11.

⁴²² CONTRERAS, Francisco, “Individuo, Derecho, Occidente”, en *Annaeus: Anales de la tradición romanística*, Revista Annaeus, nº2, Tébar, S.L. Madrid, 2007, pág. 472.

iniciando así el gobierno de la Casa de Austria, seguido de Felipe II, Felipe III, Felipe IV y Carlos II, etapa que dura hasta el S. XVII.

Como notas características podemos marcar:

1º- La expansión del Derecho castellano.

Poco a poco, con la unión de las Coronas de Castilla y Aragón, y la subsiguiente incorporación de Navarra, habían dejado a salvo la peculiar organización política y jurídica de los diversos territorios. Pero esta fragmentación y pluralismo se empezaron a ver por los artífices del Estado, como una grave rémora que convenía eliminar. La castellanización de la monarquía respondía a la necesidad de reducir su heterogéneo aparato legal y político, no por razones de centralismo impositivo, sino más bien con el fin de asegurar el buen gobierno de la monarquía⁴²³. Es la tendencia perceptible en toda Europa hacia la formación del Estado moderno unificado y centralizado, tal como comenta LACRUZ. La especificidad española, es que es el Derecho del territorio más extenso y sobre el que políticamente se apoya el monarca, el reino de Castilla, el que se trata de imponer a los demás⁴²⁴. Tras la guerra de sucesión, Felipe V lleva más lejos el proceso unificador, haciendo desaparecer las fronteras entre los distintos territorios, fundiendo los organismos políticos superiores de todos ellos, e imponiendo a Aragón, Cataluña, Valencia y Mallorca la organización administrativa y judicial y el Derecho público de Castilla. El apoyo de éstas regiones al enemigo de Felipe V en la guerra de sucesión, tuvo como consecuencia la abolición de su régimen político y (en Aragón y Valencia) civil, si bien años más tarde, por los Decretos de Nueva Planta se restablecieron en Aragón (1711), y respetaron en Mallorca (1715) y Cataluña (1716) sus peculiares ordenamientos civiles (no el resto)⁴²⁵.

2º- La Ley Fundamental de Sucesión a la Corona.

⁴²³ ESCUDERO, José Antonio. *Curso de Historia del Derecho*, UNED, Madrid, 2003, págs. 641 y ss. “Los monarcas no se titulaban reyes de España, sino reyes de los dominios que forman parte de ambas Coronas...La fragmentación y pluralismo interno fueron vistos como una rémora...”

⁴²⁴ LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Elementos de Derecho Civil. Parte general*, Vol. I, 3ª Edición, Dykinson, Madrid, 2002, pág. 48 y 49. Durante el reinado de los Austrias, la sumisión de todos los países hispanos a un mismo soberano y la presencia de ciertos órganos administrativos comunes no fue obstáculo para que cada uno conservase su personalidad y con ella sus propios órganos legislativos y su Derecho peculiar.

⁴²⁵ Recoge LACRUZ BERDEJO, José Luis, *ibidem*, pág. 49: “pues para todo lo que sea entre particular y particular es mi voluntad que se mantengan, queden y observen las referidas leyes”.

Hasta el S.XVIII, la sucesión a la Corona se rigió por las normas de Derecho castellano fijadas en las Partidas⁴²⁶ y reconocidas por Isabel la Católica en su testamento que como hemos visto, permitían a la mujer acceder a la Corona de Castilla a título propio. El rey Felipe V, al subir al trono tras la Guerra de Sucesión Española, ideó establecer la *Lex Sálica*⁴²⁷, que estaba vigente en Francia y había estado también en la Corona de Aragón, en España. El rey envió consulta al Consejo de Castilla sobre la conveniencia de variar la sucesión a la Corona. Recoge el Marqués de Miraflores como el Consejo de Castilla contestó expresándose contrario a la mudanza de la ley de sucesión. Esta repulsa desagradó enormemente al rey por lo que mandó quemar la Consulta. Pero el cambio de la Ley de sucesión quería que estuviera revestido de algún apoyo por lo que solicitó al Consejo que cada uno de los consejeros que había firmado la Consulta, lo firmara separadamente. Tampoco así logró la unanimidad que buscaba. Con motivo de la reunión de las Cortes de Castilla para elevar a ley la renuncia del rey a sus derechos eventuales a la corona francesa, hallándose congregadas las Cortes en Madrid desde el 5 de noviembre de 1712, se encontró con que los Procuradores de las Cortes opinaban de la misma manera que el Consejo de Castilla y se oponía a la variación de la ley de sucesión. Por este motivo, mandó disolver las Cortes disponiendo de manera desusada y por dos veces Cortes distintas. Sin embargo, no faltaron Procuradores complacientes que apoyaron la nueva Ley de sucesión sin que se llegara completar el número de Procuradores de las 37 ciudades de voto en Cortes pues faltaron los de las diez importantísimas de Barcelona, Plasencia, Lérida, Cervera, Palma, Tortosa, Gerona, Tarragona, Soria y Teruel. Esta ley llamada *semisálica*⁴²⁸, aprobada con maniobras ilegales y falta de acuerdos no tuvo una vigencia larga. Se promulgó el 10 de mayo de 1713 la llamada Ley de Sucesión Fundamental⁴²⁹ por la cual las mujeres podrían

⁴²⁶ Según ellas, la Corona se transmitía a los descendientes legítimos del Monarca difunto, prefiriéndose los varones a las hembras, y los de mayor a menor edad.

⁴²⁷ Según ella, basándose en los derechos de primogenitura y representación (transmisión a los descendientes el derecho al trono del heredero que muere sin reinar), establece una serie de líneas hereditarias encabezadas por cada uno de sus hijos y constituidas por ellos y sus descendientes, los cuales son a su vez, punto de arranque de las ulteriores líneas y ramas.

⁴²⁸ PANDO FERNÁNDEZ DE PINEDO, Manuel. *Juicio imparcial de la cuestión de sucesión a la Corona de España suscitada por la Inglaterra y la Francia con motivo del casamiento de la serenísima señora Infanta de España Doña María Luisa Fernanda con el serenísimo señor Duque de Montpensier por el Marqués de Miraflores*, Imprenta de la Viuda de Calero, Madrid, 1847, págs. 44 y ss.

⁴²⁹ Ley de Sucesión Fundamental promulgada por Felipe V en concordia con los Supremos Consejos de Estado y de Castilla en 1713 comienza diciendo: LEY V. D. Felipe V. *En Madrid á 10 de mayo de 1713. Nuevo reglamento sobre la sucesion en estos Reynos. Habiéndome representado mi Consejo de Estado las grandes conveniencias y utilidades que resultarian á favor de la causa pública y bien universal de mis*

heredar el trono, aunque únicamente de no haber herederos varones en la línea principal (hijos) o lateral (hermanos y sobrinos). Ulteriormente, el recién coronado rey Carlos IV de España, hizo aprobar a las Cortes en 1789 una disposición para derogar la ley y volver a las normas de sucesión establecidas por el código de las Partidas. Sin embargo, la Pragmática Sanción real no llegó a ser publicada hasta que su hijo Fernando VII de España la promulgó en 1830, desencadenando el conflicto dinástico del Carlismo.

Esta distinción entre la *Lex Sálica* y la Ley de Sucesión es fundamental para comprender la pretensión jurídica del hermano de Fernando VII, el infante D. Carlos, al trono de España al cual tendría legítimamente derecho en función de la Ley de Sucesión Fundamental promulgada por Felipe V, mientras que con la restauración de la histórica del compendio de Alfonso X, *llamado de las Siete Partidas*, lo tendría su hija Isabel. Lo cierto es que los Isabelinos siempre defendieron que el auto acordado de 1713 por el que Felipe V estableció una ley de sucesión de carácter *semisálico*, se hizo con una serie de irregularidades⁴³⁰.

3º- La ordenación de los materiales legislativos.

Con la consolidación del Estado moderno tiene lugar un proceso transformador de las fuentes jurídicas.⁴³¹ Ahora es el Estado quien dicta las normas y no el rey, lo que facilitó la formalización del sistema jurídico. Ello trae como consecuencia la proliferación del Derecho escrito, desordenado y prolijo que resulta necesario compilar, eliminando los textos superfluos, completando los insuficientes y concordándolos como partes de un ordenamiento legal armónico. Las Ordenanzas Reales de Castilla, más conocidas como Ordenamiento de Montalvo (ordenado en 1480), tuvieron una limitada trascendencia debido a una falta de rigor técnico: no era una recopilación exhaustiva, pues incluía leyes ya derogadas y extractó sin fortuna algunas leyes que quedaron oscurecidas. Años más tarde los Reyes Católicos ordenaron al Consejo de Castilla que compilara y corrigiese las pragmáticas y provisiones de sus antecesores. Ello dio lugar al Libro de

Reynos y vasallos, de formar un nuevo reglamento para la sucesion de esta Monarquía, por el cual, á fin de conservar en ella laagnación rigurosa, fuesen preferidos todos mis descendientes varones por la línea recta de varonia á las hembras y sus descendientes, aunque ellas y los suyos fuesen de mejor grado y línea;

⁴³⁰ VERÍSSIMO SERRAO, Joaquim y BULLÓN DE MENDOZA, Alfonso, *Cursos de verano de El Escorial* 93-94. “Contrarrevolución legitimista (1688-1876)”, Edit. Complutense, Madrid, 1995, pág. 221.

⁴³¹ ESCUDERO, José Antonio, *ibidem*, pág. 687.

las Bulas y Pragmáticas (1503), de carácter asistemático. La actividad legislativa prosiguió y las mencionadas obras no disipaban las dudas y confusiones. La promulgación de las Leyes de Toro no resolvió el problema, por lo que la reina Isabel expresó en el codicilo de su testamento el deseo de que se llevara a cabo una nueva recopilación de leyes y pragmáticas.

La Nueva Recopilación de 1567 y la Novísima Recopilación de 1805⁴³² trataron de reorganizar todo el material legislativo vigente en Castilla (salvando las Partidas) aunque sin integrar o concordar los diversos textos.

2-NOVEDADES QUE APORTA LA NOVÍSIMA RECOPIACIÓN

El movimiento compilador no aportó grandes novedades sino tan sólo situaciones muy puntuales, pues el fin de esta actividad legislativa no era creativo sino más bien la acumulación de normas vigentes.

1- El interés por la educación de la mujer⁴³³. Aunque la educación femenina en las *escuelas mugeriles*⁴³⁴ se centró en la formación religiosa y en la preparación de la mujer para ser madre de familia, se produjo un gran avance en este campo, pues todas aquellas

⁴³² NOVÍSIMA RECOPIACIÓN DE LAS LEYES DE ESPAÑA. Dividida en XII libros, en que se reforma la Recopilación publicada por el señor d. Felipe II en el año 1567, reimpresa últimamente en el año 1775: y se incorporan las pragmáticas, cédulas, decretos, órdenes y resoluciones Reales, y otras providencias no recopiladas y expedidas hasta el de 1804. Mandada formar por el señor D. Carlos IV. Madrid. 1805. Los dos primeros libros van dedicados a la Iglesia: sus derechos y rentas, así como su definir su jurisdicción. El libro III sobre el Rey y la Casa Real. El libro IV sobre la jurisdicción ordinaria y su ejercicio en el Consejo de Castilla; el Libro V sobre Cancillerías y Audiencias: sus oficiales, abogados, cancilleres, alguaciles. Etc. El Libro VI sobre los nobles y sus Títulos y privilegios, los Caballeros y Militares, así como impuestos y tributos. El Libro VII, sobre el gobierno civil, político y económico de los pueblos, caza y pesca, policía, etc. El Libro VIII sobre las Ciencias, artes y oficios: universidades, médicos, boticarios, cirujanos, impresores, etc. El Libro IX sobre comercio, moneda y minas. El Libro X sobre contratos y obligaciones, testamentos y herencias. El Libro XI sobre los juicios civiles y el XII sobre delitos y sus penas.

⁴³³ NOVÍSIMA RECOPIACIÓN, *ibidem*. Tomo IV, Libro VIII, Título I. De las escuelas y maestros de Primeras letras y de educación de niñas. Pág. 1. En este sentido recoge “*como la educación de la juventud no se debe limitar á los varones, por necesitar las niñas también de enseñanza, como que han de ser madres de familia, siendo cierto que el modo de formar buenas costumbres depende principalmente de la educación primaria...establecimiento de escuelas públicas gratuitas, en las que se dé la debida educación á las niñas...pero á las pobres se les enseñará de balde, con el mismo cuidado que á las que pagan...*”

⁴³⁴ NOVÍSIMA RECOPIACIÓN, *ibidem*, Tomo IV, Libro VIII, Título I. Ley X, pág. 9.

que estaban interesadas, podían aprender a leer, cualquiera que fuera su condición social⁴³⁵.

2-La viuda: se suprime el *tempus lugendi*. La disolución del matrimonio por muerte del marido daba lugar a una limitación de la capacidad de obrar de la viuda: el llamado *tempus lugendi*, que incapacitaba a la mujer para contraer segundo matrimonio en el año siguiente a la muerte de su marido.

Tanto el Fuero Real como las Partidas, castigaban duramente la inobservancia de esta norma con la pérdida de todos los bienes por la viuda y atribución de los mismos por mitad, al fisco y a sus hijos, o si estos faltan, a los parientes de su anterior matrimonio⁴³⁶.

La Novísima Recopilación viene a recoger una novedad en éste punto: la suspensión excepcional de la obligación del *tempus lugendi*.

3- El consentimiento o consejo paterno. Las Partidas⁴³⁷ recogieron la necesidad de que la mujer prestase consentimiento para celebrar un desposorio o un matrimonio válido. Para la celebración del matrimonio válidamente, bastaba el consentimiento de los esposos. La autorización del padre para desposorios o matrimonios, se seguía solicitando, pero no constituía un requisito de validez⁴³⁸. Sin embargo, la negativa de la hija a casarse con el novio elegido por el padre, casándose contra la voluntad del mismo, podía acarrearle como consecuencia la desheredación. El Concilio de Trento estableció como requisito añadido a la validez del matrimonio, la presencia de sacerdote, para evitar los matrimonios clandestinos. A pesar de todo, los padres seguían concertando el matrimonio de las hijas en contra de su voluntad. Por esta razón, la

⁴³⁵ NOVÍSIMA RECOMPILACIÓN, *ibidem*, Tomo IV, Libro VIII, Título I. Ley X, pág. 12. “...el principal objeto de estas escuelas ha de ser la labor de manos; pero si alguna de las muchachas quisiere aprender á leer, tendrá igualmente la maestra obligación de enseñarla.”

⁴³⁶ FUERO REAL 3.1.3 y PARTIDAS 4.12.3 y 7.6.3. Recoge GACTO FERNÁNDEZ, E, *La condición jurídica del cónyuge viudo*, Universidad de Sevilla, 1975, pág. 24 y ss.

⁴³⁷ PARTIDAS 4.1.10. *ibidem*, pág. 9.

⁴³⁸ PARTIDAS 4.1.10. *ibidem*, pág. 9. *Pero si aquel con quien el padre quiere casar alguna dellas fuese atal quel conveniesee que serie asaz bien casada con él, maguer que la non puede apremiar lo que él habie prometido, puédela desheredar, poque non gradesce á su padre el bien que le face et facel pesar non le obedesciendo: et esto se entiende si depues destose casare ella con otro contra voluntad de su padre, ó si feciese maldat de su cuerpo.*

Novísima Recopilación recoge la nulidad de cualquier Real carta o mandamiento que pretenda casar a una mujer en contra de su voluntad⁴³⁹.

Desde el último cuarto del siglo XVIII el derecho a elegir cónyuge se planteó como el gran caballo de batalla, en palabras de DE QUIROGA⁴⁴⁰. Carlos III publicó la Pragmática Sanción de 1776, con el fin de evitar los desórdenes producidos por el abuso de contraer matrimonios desiguales sin el consentimiento paterno, y prescribió las reglas que debían observarse en la celebración de esponsales⁴⁴¹. En ella, se castiga no solo a los contrayentes sino también a todos sus descendientes⁴⁴², si celebraban matrimonio sin la autorización o consejo de los padres.

La Novísima Recopilación incorporó una pragmática sanción de Carlos IV de 1803, como apunta PIÑA HOMS⁴⁴³, que exoneraba a los hijos del requisito de pedir consejo a los padres, todo el que quiera contraer matrimonio y sea mayor: “Los hijos que hayan cumplido 25 años y las hijas que hayan cumplido 23, podrán casarse a su arbitrio sin necesidad de pedir ni obtener consejo ni consentimiento de su padre; en defecto de este, tendrá la misma autoridad la madre”⁴⁴⁴. Esta norma venía a exonerar del requisito de consejo impuesto en la pragmática de Carlos III, cuyo incumplimiento daba lugar a desheredación.

⁴³⁹ NOVÍSIMA RECOPIACIÓN, *ibidem*, Libro X, Título II, punto 2, pág. 539.

⁴⁴⁰ DE QUIROGA, Soledad, *La rebelión de los hijos de la nobleza mallorquina*, Dialnet.unirioja.es. Págs. 174 y ss.

⁴⁴¹ PRAGMÁTICA SANCIÓN del Rey Carlos III, *a consulta del Consejo en que S.M establece lo conveniente para que los hijos de familias, con arreglo a las leyes del reyno, pidan el consejo y consentimiento paterno antes de celebrar esponsales, haciendo lo mismo en defecto de padre á las madres, abuelos ó deudos mas cercanos, y á falta de ellos hábiles á los tutores y curadores, baxo de las declaraciones y penas que expresa*. Imprenta de Don Antonio Sanz, Madrid, 1776.

⁴⁴² PRAGMÁTICA SANCIÓN del Rey Carlos III, *Ibidem*. *Si llegase á celebrarse el matrimonio sin el referido consentimiento, ó consejo, por este mero hecho, asi los que contraxeren, como los hijos y descendientes que provinieren de tal matrimonio, queden inhábiles y privados de todos los efectos civiles, como son el derecho á pedir dote ó legítimas, y de suceder como herederos forzosos y necesarios en los bienes libres que pudieran corresponderles por herencia de sus padres ó abuelos, á cuyo respeto y obediencia faltaron contra lo dispuesto en esta Pragmatica; declarando como declaro por justa causa de desheredación la expresada contravencion e ingratitud...* Pág. 6. *Los mayores de veinte y cinco años cumplen con pedir el consejo paterno para colocarse en estado de matrimonio, que en aquella edad ya no admite dilación, como está prevenido en otras leyes; pero si contravinieren dejado de pedir este consejo paterno, incurrirán en las mismas penas que quedan establecidas, asi en cuanto á los bienes libres como en los vinculados*. Pto. VI. Pág. 7.

⁴⁴³ PIÑA HOMS, Román, *Fundamentos jurídicos de Europa*, Edicions Cort, Palma, 2001.

⁴⁴⁴ NOVÍSIMA RECOPIACIÓN. *Ibidem*. Libro X, Título II, Ley 28. Recoge PIÑA HOMS, Román, *ibidem*, pág. 137.

3-REGULACIÓN DE LA SITUACIÓN JURÍDICA DE LA MUJER CASADA EN LA NOVÍSIMA RECOPIACIÓN

3.1-Los efectos personales del matrimonio en la novísima recopilación

Con respecto a los efectos personales, el Libro X recoge la emancipación por matrimonio⁴⁴⁵, tal como la habían regulado las Leyes de Toro.

El matrimonio suponía la creación de una comunidad jurídicamente perfecta, en la que los hijos de esta unión gozarán de un *status* jurídico pleno a la hora de definir su situación. El marido siguió gozando de la autoridad marital, esto es, desempeñaba un papel protector y directivo que toda la doctrina jurídica justificaba y reiteraba hasta el S.XIX. Prueba de ello es la facultad que le asiste de fijar el domicilio conyugal, la necesidad que tiene la mujer de licencia marital, y el reconocimiento genérico de su derecho a asumir el gobierno de la familia⁴⁴⁶. Los hijos de la barragana tenían la calidad de hijos naturales, condición que en la Edad moderna cede ya ante la de los hijos legítimos, nacidos de matrimonio, pero que resulta superior a la que se reconoce a los restantes hijos ilegítimos. No obstante, esta situación no resulta novedosa pues así se recogía ya en las Partidas y las Leyes de Toro⁴⁴⁷.

3.1.1- *La patria potestad pasa a ser ejercida por el padre*

Durante la Edad Media, el derecho castellano tradicional entendía que la potestad la compartían el padre y la madre, como representantes de los diferentes grupos parentales dentro de un concepto de familia amplio. En la familia moderna o nuclear, relega a los parientes a una función tutelar, subsidiaria siempre de la que corresponde al padre. Hasta tal punto es así -comenta GACTO FERNÁNDEZ- que la madre ni siquiera tenía reconocida la patria potestad a un nivel supletorio ni el derecho se la atribuye cuando

⁴⁴⁵ NOVÍSIMA RECOPIACIÓN DE LAS LEYES DE ESPAÑA, Tomo VI, Julián Viana Razola, Madrid, 1829, Libro X, Título V, punto 3: “El hijo casado y velado se tenga por emancipado...”, pág. 541.

⁴⁴⁶ GACTO FERNÁNDEZ, Enrique, *ibidem*, pág. 43.

⁴⁴⁷ La condición de hijos naturales se atribuye a los nacidos de barragana, entre otros textos en Partidas 4.15.1; 4.19.5, etc y Leyes de Toro 11. GACTO, E., *ibidem*, pág. 42.

desaparece el marido y ella pudiera convertirse en jefe de la familia, situación que se mantiene hasta el S.XIX (concretamente el Proyecto de Código civil de 1851 que atribuye a la madre viuda la patria potestad en el art. 164) en que la doctrina empieza a manifestar cierta disconformidad con ese tratamiento, preguntándose porqué la madre no participa de ese honor que tiene por la naturaleza con más derecho que el padre⁴⁴⁸.

Las relaciones matrimoniales seguirán siendo desiguales. Estas diferencias se mantienen no solo en cuanto a la institución matrimonial sino también en la barraganía. Hasta mediados del S.XVI, la diferencia entre matrimonio y barraganía dependía solo de la intención de las partes, ya que, hasta el Concilio de Trento, el matrimonio nacía aun del simple consentimiento, la *affectio maritalis*, fueran cuales fueran las apariencias externas; de ahí el riesgo de indeterminación de las uniones no canónicas. Esto hizo posible la existencia de relaciones de bigamia que no trascendían al ámbito jurídico, dada la dificultad de la prueba y la tolerancia generalizada. Por esta razón, en muchas ocasiones quedaba sin penalizar. No obstante, la legislación tridentina acabó con las uniones clandestinas. Cuando se clausura la sesión XXIV del Concilio de Trento⁴⁴⁹ en 1563, se considerarán nulos los matrimonios celebrados sin la publicidad exigida canónicamente (proclamas y amonestaciones durante tres días festivos sucesivos) y los que no fueran bendecidos por el párroco de la novia o sacerdote en quien él delegara, en presencia de dos o tres testigos. Atajaban así el problema de las relaciones de bigamia para los casos de matrimonios por sorpresa o a escondidas, que se celebraban en secreto y con el tiempo celebraban otro en público. Esta novedad fue recogida por nuestro Derecho por modificación que el rey Felipe II en el mismo año de 1563 introdujo, modificando en este punto las Leyes de Toro en dos sentidos: en primer lugar impuso las penas de destierro y confiscación de sus bienes a los párrocos que bendijeran los matrimonios sin licencia paterna; en segundo lugar, autorizó a los padres a desheredar no solo a las hijas sino también a los hijos que, antes de alcanzar la edad cumplida, contrajeran matrimonio sin permiso paterno. Tanto para las hijas, como los hijos como

⁴⁴⁸ Autores como GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, B. Recoge GACTO FERNÁNDEZ, Enrique, *ibidem*, pág. 44 y 45.

⁴⁴⁹ CONCILIO DE TRENTO, *Decreto de reforma sobre el matrimonio*. CAP. I. Renuévase la forma de contraer los Matrimonios con ciertas solemnidades, prescrita en el concilio de Letran. Los Obispos puedan dispensar de las proclamas. Quien contrajere Matrimonio de otro modo que, a presencia del párroco, y de dos o tres testigos, lo contrae inválidamente, Biblioteca electrónica cristiana BEC, (www.Multimedios.Org).

todo aquel que participara, en la celebración se mantenía la pena de destierro y pérdida de todos los bienes⁴⁵⁰.

3.1.2- El adulterio masculino

La regulación del adulterio femenino y las penas que conllevaban se mantuvo tal como se regulaban en las leyes de Toro y así lo recoge el Título XXVIII del Libro X⁴⁵¹. Igualmente podemos decir para la regulación de los amancebamientos y con respecto a las mujeres públicas⁴⁵².

El adulterio es recogido por la Novísima Recopilación con el título “De los adúlteros y bígamos”⁴⁵³. De la mujer casada, no aporta novedad alguna, pero sí para el hombre. El adulterio del hombre casado surge para el ordenamiento jurídico solo cuando la relación extramatrimonial tiene carácter permanente, cuando mantiene públicamente a la barragana constante matrimonio. Esta situación se sancionaba con la pérdida de hasta la quinta parte de su patrimonio⁴⁵⁴ o cuando abandona la casa para ir a vivir con la barragana, en cuyo supuesto se le castiga con la confiscación de la mitad de sus bienes⁴⁵⁵. Dentro de la relación de barraganía, se mantiene la diferencia de trato jurídico en cuanto a las consecuencias de infidelidad, producido no solo por la diferencia de sexo sino también por la diferencia social de las partes; la barragana perdía las expectativas sucesorias que tuviera con respecto a los bienes del señor, en caso de infidelidad; sin embargo, el hombre no resultaba afectado por el hecho de mantener relación con otras mujeres⁴⁵⁶.

⁴⁵⁰ Cortes de Madrid de 1563. Capítulo 58. Actas de las Cortes de Castilla. I, págs. 363-364. Recoge GACTO, E., *ibidem*. pág. 47.

⁴⁵¹ NOVÍSIMA RECOPIACIÓN, *Ibidem*, Título XXVIII del Libro X, pág. 567.

⁴⁵² NOVÍSIMA RECOPIACIÓN, *Ibidem*, Título XXVI del Libro X, pág. 567.

⁴⁵³ NOVÍSIMA RECOPIACIÓN DE LAS LEYES DE ESPAÑA, Libro XII, Título 28. Reproducción fotográfica facsimilar del original perteneciente al fondo bibliográfico de la Biblioteca de la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla, Madrid, 1805, pág. 423.

⁴⁵⁴ NOVÍSIMA RECOPIACIÓN 12.26.1, que recoge la Ley de Juan I en Briviesca, año 1387, Ley 18. Recoge GACTO FERNÁNDEZ, Enrique, *ibidem*, pág. 40.

⁴⁵⁵ NOVÍSIMA RECOPIACIÓN 12.26.2, que recoge la Ley de Juan I en Briviesca, año 1387, Ley 18. Recoge GACTO FERNÁNDEZ, Enrique, *ibidem*, pág. 40.

⁴⁵⁶ GACTO FERNÁNDEZ, Enrique, *La filiación no legítima en el Derecho histórico español*, Universidad de Sevilla, 1969, págs. 46 y ss

3.1.3- La supresión del *tempus lugendi*

La Novísima recopilación recogió la posibilidad de que las viudas se pudieran casar sin necesidad de esperar el año⁴⁵⁷.

La disolución del matrimonio por muerte del marido, hasta ahora, daba lugar a una limitación de la capacidad de obrar de la viuda: el llamado *tempus lugendi*, que incapacitaba a la mujer para contraer segundo matrimonio en el año siguiente a la muerte de su marido.

Tanto el Fuero Real como las Partidas, castigaban duramente la inobservancia de esta norma con la pérdida de todos los bienes por la viuda y atribución de los mismos por mitad, al fisco y a sus hijos, o si estos faltan, a los parientes de su anterior matrimonio⁴⁵⁸.

La Novísima Recopilación viene a recoger una novedad en éste punto: la suspensión excepcional de la obligación del *tempus lugendi*. GACTO FERNÁNDEZ⁴⁵⁹ lo achaca a circunstancias sociológicas, en especial la despoblación del país como consecuencia de la peste negra. Desde mediados del S.XIV lo solicitaron sin éxito las Cortes castellanas. Por fin, a principios del XV fue derogada la mencionada prohibición. Así lo incorporó Reguera Valdelomar a la Novísima Recopilación a pesar de que esta norma nació con carácter provisional, transitorio y coyuntural. Recordemos que esta norma formaba parte de nuestro derecho más antiguo y así lo recogían el Fuero Juzgo⁴⁶⁰, las Partidas⁴⁶¹ y la Compilación de Montalvo⁴⁶².

3.2-Efectos patrimoniales *inter vivos* del matrimonio en la Novísima Recopilación

⁴⁵⁷ NOVÍSIMA RECOPIACIÓN DE LAS LEYES DE ESPAÑA. *Ibidem*. Libro X, Título II, punto 4: “Las viudas puedan casar dentro del año en que mueran sus maridos”, pág. 539.

⁴⁵⁸ FUERO REAL 3.1.3 y PARTIDAS 4.12.3 y 7.6.3. Recoge GACTO FERNÁNDEZ, E, *La condición jurídica del cónyuge viudo*, Universidad de Sevilla, 1975, pág. 24 y ss.

⁴⁵⁹ GACTO FERNÁNDEZ, Enrique, *El marco jurídico...ibidem*, pág. 52.

⁴⁶⁰ FUERO JUZGO, *Ibidem*. Libro IV, Tít. II, Ley I, pág. 7.

⁴⁶¹ PARTIDAS, *Ibidem*, Partida IV, Ley III Tít. XII, pág. 83.

⁴⁶² FUERO REAL DE ESPAÑA, diligentemente hecho por el noble Rey Don Alonso IX, glosado por Alonso Díaz de Montalvo, Tomo II, Real Compañía de Impresores y Libreros del Reyno, Madrid, 1781. Ley XIII. Pág. 11: *Como la mujer viuda no pueda casar ante del año. Ninguna mujer viuda no case del día que muriese su marido, fasta un año cumplido è si ante casáre sin mandado del Rey, pierda la meytad de quanto hobiere...*

Tampoco se aporta ninguna novedad en continuidad con la tradición histórica castellana. El Libro X recoge las limitaciones a la capacidad de obrar femeninas impuestas por las Leyes de Toro⁴⁶³. Novedosa resulta la Ley VI de Felipe II de 1534 limitando la cantidad que se pueda dar en dote o en arras a la mujer que se casa, dados los daños que producían las dotes o arras excesivas, ampliada por la Pragmática de Felipe IV de 11 de febrero de 1613. La causa de la limitación impuesta se hallaba en el excesivo gasto que se hacía con motivo de las bodas, consumiendo las haciendas, empeñando las casas, y produciendo la despoblación del reino⁴⁶⁴.

Los documentos sobre las Capitulaciones matrimoniales, ofrecen una clara información sobre el régimen y la administración de los bienes matrimoniales. Un ejemplo de Capitulaciones matrimoniales de 1650 expone: “...*abemos otorgado escritura de capitulacion en raçon de la dote a que nos los dho Antonio de Abellaneda y doña Leonor Ana Montes su muger de nuestros bienes y hacienda damos a doña Dionisia Antonia de Abellaneda doncella nuestra hija legítima que ve ba por su dote a poder del dho Bartolome de Mesa con quien sea tratado casamiento*”⁴⁶⁵. Los padres de la esposa hablan de “nuestros bienes” porque se trataba de bienes gananciales, tal como apunta NEUKIRCHEN.

En cuanto a deudas y fianzas, la mujer no podía obligarse ni quedar presa por deudas o fianzas del marido⁴⁶⁶. La regla general va a ser el no considerar la prestación de esta garantía como una deuda de la sociedad de gananciales. La fianza otorgada por el marido no obligaba a la mujer⁴⁶⁷. Tampoco la mujer podía afianzar a su marido aun en el caso de realizarse el contrato de forma mancomunada⁴⁶⁸, aunque revirtiera dicha

⁴⁶³ NOVÍSIMA RECOPIACIÓN, *ibidem*. Libro X, Título I, Ley XI-XV, pág. 4.

⁴⁶⁴ Pragmática de 11 de febrero de 1613 recogida en la Ley VII del Título II del Libro X de la NOVÍSIMA RECOPIACIÓN, *ibidem*, “ninguna persona de cualquier estado, calidad o condición que sea pueda dar, ni de á su esposa y mujer, en joyas y vestidos, ni en otra cosa alguna, más de lo que montare la octava parte de la dote que con ella recibiere...”, pág. 23.

⁴⁶⁵ A.H.P.S. Oficio 13, Año 1650. Libro 3, folio 393. Protocolos Notariales del Archivo Histórico Provincial de Sevilla. Recoge NEUKIRCHEN, Petra, *ibidem*, pág. 143

⁴⁶⁶ NOVÍSIMA RECOPIACIÓN *Ibidem*. Libro X, Título XI, punto2: “La mujer no sea obligada ni presa por fianzas ni deudas del marido”, pág. 542.

⁴⁶⁷ Tal como recoge la Ley II Título XI de la Novísima Recopilación, siguiendo a su vez lo recogido en las Leyes VII y VIII del Título III del Libro V de la Nueva Recopilación. RAMS ALBESA, Joaquín y MORENO MARTÍNEZ, Juan Antonio, *El régimen económico del matrimonio, Comentarios al Código Civil: Especial consideración de la doctrina jurisprudencial*, Dykinson, Madrid, 2011, pág. 368.

⁴⁶⁸ Pero buscaban formas de eludir la prohibición, renunciando a todos los beneficios que la ley les daba, tal como comprobamos en el siguiente documento: Recoge NEUKIRCHEN, Petra, *Ibidem*, pág. 143. A.H.P.S Oficio 13, año 1640, libro I, folio 317: “...y yo la dha Francisca Ximenes rrenuncio a las leies

deuda en beneficio de la mujer, tal como ya recogía la Ley LXI de Toro⁴⁶⁹. De la misma manera se regula la irresponsabilidad de un cónyuge por el delito cometido por el otro, recogiendo las Leyes LXXVII y LXXVIII de Toro⁴⁷⁰. La mujer no podía ser apresada por deuda que no procediera de delito⁴⁷¹.

Se mantiene la obligatoriedad de la licencia marital para la celebración de cualquier contrato o para presentarse en juicio⁴⁷², la validez de la licencia general del marido, o la posibilidad de que el juez de licencia a la mujer en defecto de la del marido, o por ausencia de éste, o la posibilidad de ratificación del marido de lo hecho por la mujer sin su licencia⁴⁷³.

En cuanto a los Mayorazgos⁴⁷⁴, la Novísima Recopilación dispone que las mujeres de mejor línea y grado sucedan en los Mayorazgos con preferencia a los varones más remotos⁴⁷⁵. Pero realmente no aporta nada nuevo, pues ya las Partidas recogía que, *si el fixo mayor muriese antes que heredase, si dexase fix, ó fixa que obiese de su mujer legítima, que aquel ó aquella lo obiesen non otro ninguno*⁴⁷⁶.

3.3- Efectos patrimoniales *mortis causa* del matrimonio en la Novísima Recopilación

Las Leyes VII a XI del Título II de Libro X recogen como efectos patrimoniales del matrimonio lo previsto en las Leyes de Toro. Llama la atención sin embargo la Ley XIII

deel emperador justiniano senatus consultas beleiano leyes de Toro y partida y las demás del fabor de las mugeres que quiero no me valgan...”.

⁴⁶⁹ La Ley LXI de Toro fue recogida en la Ley III Título XI del Libro X que reproduce la Ley IX Título II Libro V de la Nueva Recopilación. RAMS ALBESA, Joaquín y MORENO MARTÍNEZ, Juan Antonio, *ibidem*, pág. 368.

⁴⁷⁰ Las leyes LXXVII y LXXVIII de Toro recogidas en el Libro X Título IV Leyes X y XI de la Novísima Recopilación que reproducía Libro V Título IX Leyes X y XI de la Nueva Recopilación. RAMS ALBESA, Joaquín y MORENO MARTÍNEZ, Juan Antonio, *ibidem*, pág. 368.

⁴⁷¹ NOVÍSIMA RECOPIACIÓN, *ibidem*, Libro X, Título XI, punto 4, pág. 542.

⁴⁷² NOVÍSIMA RECOPIACIÓN, *ibidem*, Libro X, Título I, punto 11: “La mujer sin licencia de su marido no pueda celebrar contrato ni separarse de él, ni presentarse en juicio”, pág. 538 y ss.

⁴⁷³ NOVÍSIMA RECOPIACIÓN, *ibidem*. Libro X, Título XVII, puntos 8, pág. 545.

⁴⁷⁴ Mayorazgo, es definido por ÁLVAREZ POSADILLA como “*el derecho de succeder en los bienes que se hayan dexado con la condición y vínculo de que se perpetúen en una familia, y por orden succesivo se den al primogénito de ella: de esta definición se infiere que el Mayorazgo es indivisible...*” ÁLVAREZ DE POSADILLA, Juan, *Comentarios a las Leyes de Toro*, *ibidem*, pág. 213.

⁴⁷⁵ NOVÍSIMA RECOPIACIÓN, *ibidem*. Libro X, Título XVII, punto 8: “Las hembras de mejor línea y grado sucedan en los mayorazgos con preferencia á los varones más remotos”, pág. 545.

⁴⁷⁶ ÁLVAREZ DE POSADILLA, Juan, *Ibidem*, pág. 213. “Y las hembras, hijas del hijo mayor, ¿son preferidas á sus tíos varones? Sí, en los Mayorazgos regulares de España”. Pág. 244.

que recoge una Real resolución del Consejo de 16 de junio de 1801 por el que deroga la costumbre que prohibía a las mujeres cordobesas participar de los gananciales adquiridos durante el matrimonio, quedando afectados todos los matrimonios presentes y futuros no disueltos en la fecha de 28 de mayo del mismo año⁴⁷⁷.

La muerte de uno de los cónyuges, señalaba el momento en que debía procederse al reparto de los bienes gananciales. Desde el punto de vista patrimonial el efecto más importante es la disolución de la comunidad conyugal, aunque no la unidad familiar si el que sobrevive es el padre⁴⁷⁸. El fallecimiento del marido otorgaba a la viuda el derecho a recuperar la dote, que rescatará de entre los bienes del marido, disfrutando para ello de un crédito preferente. Lo mismo podemos decir en referencia a las arras.

En cuanto a la herencia, conforme a la legislación de Las Partidas, el cónyuge viudo sucedía abintestato al premuerto únicamente cuando éste no dejara parientes dentro del décimo grado⁴⁷⁹. Carlos III redujo el alcance de la sucesión intestada de los parientes colaterales solo a los comprendidos dentro del cuarto grado, por lo que, a falta de ellos, heredaba el cónyuge⁴⁸⁰.

Sobre el quinto de libre disposición y sobre el tercio de mejora, le cupo al padre y a la madre la posibilidad de imponer con entera libertad gravámenes, condiciones o vinculaciones a cuyo cumplimiento el heredero quedaba sometido bajo la pena de perder la manda, hasta las modificaciones introducidas por Carlos III⁴⁸¹.

⁴⁷⁷ NOVÍSIMA RECOPIACIÓN, *ibidem*, Libro X, Título II Ley XVII, pág. 27.

⁴⁷⁸ NOVÍSIMA RECOPIACIÓN 10.4.5. Recoge GACTO FERNÁNDEZ, Enrique, *El marco jurídico...Ibidem*, pág. 55.

⁴⁷⁹ PARTIDAS 6.13.6 Y 4.11.23 Recoge GACTO FERNÁNDEZ, Enrique, *El marco jurídico...Ibidem*, pág. 54.

⁴⁸⁰ NOVÍSIMA RECOPIACIÓN. 10.22.6. Recoge GACTO FERNÁNDEZ, Enrique, *El marco jurídico...Ibidem*, pág. 54.

⁴⁸¹ Por esta vía proliferaron a partir de las Leyes de Toro las constituciones de vínculos y Mayorazgos que determinarían, con aspiraciones de perpetuidad, el destino futuro de los bienes así vinculados. En este caso no necesitaban autorización regia, salvo que gravaran la legítima estricta (dos tercios de los cuatro quintos). Por ello, Carlos III impuso la necesidad de licencia previa para la fundación de Mayorazgos con el fin de limitar “los males que dimanaban de la facilidad que ha habido en vincular toda clase de bienes perpetuamente, abusando de la permisión de las leyes y fomentando la ociosidad y soberbia de los poseedores de pequeños vínculos o patronatos”. NOVÍSIMA RECOPIACIÓN. 10.17.12.

La cuarta marital reconocida en las Partidas⁴⁸², vino a traer conflictos doctrinales acerca de la si la viuda pobre recibía esta porción como propietaria plena o solo como usufructuaria, prevaleciendo esta última opción dado que la cuarta se señalaba en concepto de alimentos. También se discutió la existencia de un derecho recíproco e inverso en favor del marido viudo y pobre, a lo que algunos autores se manifestaron favorables, aunque no se reconoció en la práctica ni los tribunales se manifestaron favorables⁴⁸³. Por el contrario, otros autores⁴⁸⁴ consideraban que era un derecho privativo de la viuda y por tanto, el marido pobre que sobreviviera a la esposa rica quedaba excluido de éste derecho, tal y como recoge la Novela 117 c.V., “prohibimos que en tales casos reciba el marido la cuarta parte de los bienes de la mujer con arreglo a nuestra ley anterior”⁴⁸⁵.

⁴⁸² PARTIDAS 6.13.7. Recoge GACTO FERNÁNDEZ, Enrique, *El marco jurídico...Ibidem*, pág. 54. Derecho sucesorio de la viuda pobre que no tuviera bienes dotales, arrales o parafernales para subsistir, en cuyo supuesto podía reclamar hasta la cuarta parte de los bienes de su marido.

⁴⁸³ GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, B., *Códigos o estudios Fundamentales sobre Derecho civil español*, Tomo II, Librería de Sánchez, Madrid, 1863, pág. 639. Y así recoge y confirma FERNÁNDEZ GACTO, Enrique, *ibidem*, pág. 55.

⁴⁸⁴ Entre otros: CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho Civil español común y Foral*, 2ª edición, Tomo II, Reus, Madrid, 1987, pág. 274. PELLA Y FORGAS, José, *ibidem*, Tomo III, pág. 299.

⁴⁸⁵ Recoge PASCUAL Y GONZÁLEZ, Luis, *ibidem*, pág. 312.

BIBLIOGRAFÍA

CAPÍTULO I

Legislación analizada

LA LEY DE LAS XII TABLAS, Dpto. de Historia Antigua, Selección y traducción G. FATÁS, *Materiales para un curso de Historia Antigua*, Universidad de Navarra, 1994. WWW.unav.es/hAntigua/textos.

Autores

ALVARADO CHACÓN, Joaquín, *El matrimonio romano: concepto, requisitos, impedimentos, efectos y disolución*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Venezuela, 2008.

ARISTÓTELES, “La política”, Madrid, 1873, Volumen 3, Libro I, Capítulo V. Del poder doméstico. *Obras completas de Aristóteles*. Traducida al español por Patricio de Azcárate. <http://www.filosofia.org>. Facsímil del original impreso en formato PDF.

BERMEJO CASTRILLO, Miguel Ángel, *Transferencias patrimoniales entre los cónyuges por razón del matrimonio en el Derecho Medieval castellano*, Semana de Estudios Medievales de Nájera, (1990-2004). XI semana 2000. WWW. Dialnet. unirioja.es.

BIONDI, Biondo, *Objeto y método de la jurisprudencia romana*, Arte y Ciencia del Derecho, Barcelona, 1953.

BUIS Emiliano J, *¿Una influencia griega en el derecho romano antiguo? Proyecciones intertextuales de una ley soloniana (Plu. Sol. 23.7-8) en la actio finium regundorum (D. 10.1.13)*, XIV Congreso Latinoamericano de Derecho Romano, 15, 16 y 17 sept. Buenos Aires, 2004.

CALONGE MATELLANES, Alfredo, “*Aestimatio dotis*”. *Anuario de Historia del Derecho Español*. (AHDE), N°35, Madrid, 1965.

CASTÁN VÁZQUEZ, José María, *La patria potestad*, Ed. Rev. de Derecho privado, Madrid, 1960.

CAZORLA GONZÁLEZ-SERRANO, M^a Carmen, “La protección jurídico-patrimonial del menor y del incapacitado y su antecedente histórico en el Derecho Romano” en *Revista de Derecho de la UNED*, N°7, 2010, pág. 128.

CHARRÍN Y TIGERO, Acacio, “Historia de la patria potestad en el Derecho romano” en *Revista general de legislación y Jurisprudencia*, Universidad Complutense, Madrid, 1876, págs. 5-54.

DE CASTRO-CAMERO, Rosario, *Quid iuris? Las razones del jurista en el Derecho romano*, Universidad de Sevilla, 2007.

DURRY, Marcel, “Le mariage des filles impubères dans la Rome Antique”, en *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité*, Bruxelles, 1955, pág. 263 y ss.

ESCUADERO, José Antonio, *Curso de Historia del Derecho, fuentes e instituciones político administrativas*, 3^a Edición, UNED, Madrid, 2003.

FERNÁNDEZ DE BUJÁN Y FERNÁNDEZ, Antonio, *La Jurisdicción voluntaria*, Cívitas, Madrid, 2001.

FUENTESECA, Pablo, *Derecho privado romano*, E. Sánchez A. Gráficas, Madrid, 1978.

GACTO FERNÁNDEZ, Enrique, ALEJANDRE GARCÍA, Juan Antonio y GARCÍA MARÍN, José María, *Manual básico de historia del Derecho*, Laxes, SL, Madrid, 2009.

GARCÍA GARRIDO, Manuel, *Diccionario de jurisprudencia romana*, Dykinson, Madrid, 2006.

-*Derecho Privado romano. Acciones, casos, Instituciones*, Dykinson, Madrid, 1989.

-“*Conventio in manum* y matrimonio”. *Varia romana, Anuario de Historia del Derecho Español* (AHDE), Madrid, 1956.

-“*Ius uxorium*. El régimen patrimonial de la mujer casada en el Derecho romano”. *Cuadernos del Instituto jurídico español* N° 9, Roma-Madrid, CSIC, 1958.

-*El patrimonio de la mujer casada en el Derecho civil*, CEAC, Barcelona, 1982.

-*Relaciones personales y patrimoniales entre esposos y cónyuges en el derecho imperial tardío (De Constantino a Teodosio)*, Notas críticas in *Atti dell'Accademia romanística Constantiniana*, VII Congreso Internacional Spello-Peruggia-Norcia 16 a 19 de Octubre de 1985, Perugia, 1988, págs. 23 a 47.

GÓMEZ DE LA SERNA, Pedro, *Curso histórico-exegético del Derecho romano comparado con el español*, Tomo II, 2ª Edición, D. Justiniani Institutionum libri IV, Madrid, 1855.

GRAZIOSI, Marina, “En los orígenes del machismo jurídico. La idea de inferioridad de la mujer en la obra de Farinacio”, en *In Memoriam Alexandri Baratta*, Universidad Salamanca, 2004.

HOMERO, *La Iliada y la Odisea*, Dirección por Jorge Hernández Aliques, Odisea, Rapsodia XI, Espasa Calpe, Madrid, 1997.

IGLESIAS, Juan, *Derecho Romano. Instituciones de Derecho Privado*, Vol. II, Ariel, Barcelona, 1953.

LALINDE ABADÍA, Jesús, *Iniciación Histórica al Derecho Español*, 3ª Edición, Ariel, Barcelona, 1983.

LIVIO, Tito, *Historia de Roma*, Vol.1, Traductor: Rev. Canon Roberts. Libro 3, JM Dent & Sons, Ltd. Londres, 1905.

LÓPEZ HERRERA, Francisco, *Derecho de familia*, Tomo I, Segunda edición, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2008.

MARTÍNEZ DE MORETÍN LLAMAS, M^a Lourdes, *Régimen jurídico de las presunciones*, Dykinson, Madrid, 2007.

MÉNDEZ AGUIRRE, Víctor Hugo, *Axiotea en Calípolis. Las mujeres en la República de Platón*, Simposio platónico internacional, Chile, 2004.

MONTAÑANA CASANÍ, Amparo, *La sucesión testamentaria de la viuda en las fuentes*, Actas del tercer y cuarto seminarios sobre La mujer en la antigüedad, Valencia 28-30 abril 1999 y 12-14 abril 2000, Sema III-IV, Valencia, 2002.

NIZAMA VALLADOLID, Medardo, “La familia en el Derecho romano y en el ordenamiento normativo actual”, en *Revista de Derecho y ciencia política*, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Vol. 66, N° 1 y 2, Lima, 2009.

NUKIRCHEN, Petra, *Aproximación jurídica a los derechos de la mujer en los contratos matrimoniales*, Sesiones del Congreso Internacional de Familia, Nuevas perspectivas sobre la sociedad europea, Murcia, 14, 15 y 16 de diciembre de 1994.

NÚÑEZ PAZ, María Isabel, *Consentimiento matrimonial y divorcio en Roma*, Universidad de Salamanca, 1988.

ORTEGA CARRILLO DE ALBORNOZ, Antonio, *Terminología, definiciones y ritos de las nupcias romanas. La trascendencia de simbología en el matrimonio moderno*, Dykinson, Madrid, 2006.

PAOLI, Ugo Enrico, *La vida en la Roma Antigua*, Urbs. Iberia, Barcelona, 1956.

PLATÓN, “Diálogos”, Teetetes, *Obras completas de Platón*, Traducida en español por Patricio de Azcárate, tomo 3, Madrid 1871-1872. <http://www.filosofia.org>. Facsímil del original impreso en formato PDF.

-“La República o de lo justo”, Libro V. *Obras completas de Platón*, Traducida en español por Patricio de Azcárate, tomo 3, Madrid 1871-1872. <http://www.filosofia.org>. Facsímil del original impreso en formato PDF.

SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe, *Estudios de Derecho Civil*, Vol. I, Parte general, Est. Tipográfico Sucesores de Rivadeneyra, Madrid, 1911.

SCHULTEN, Adolf, *Los cántabros y astures y su guerra con Roma*, Espasa Calpe, Madrid, 1969.

SHULZ, Fritz, *Derecho Romano Clásico*, Traducido del inglés por José Santa Cruz Tejero, Bosch, Barcelona, 1960.

TELLO LÁZARO, Juan Carlos, “Sobre la situación de la mujer en la antigüedad clásica”, en *Revista de Aula de Letras*, Humanidades y Enseñanza, pág. 2. www.auladeletras.net/revista/articulos/tello.pdf.

ULPIANO, *Comentarios a Sabino*, Libro XXXII, Digesto, Libro XXIV, Tit. I, Cuerpo del Derecho civil romano, Digesto, Traductor y compilador: GARCÍA DEL CORRAL, Ildefonso, www.bibliojurídica.org.

ZUBIRI, Xavier, *Naturaleza, Historia, Dios*, Alianza, Madrid, 1987.

CAPÍTULO II

Legislación analizada

FUERO JUZGO Real Academia Española. En latín y castellano, cotejado con los más antiguos y preciosos códigos por la Real Academia Española, I. Ibarra, Madrid, 1815.

Autores

ALCALÁ GALIANO, Antonio, *Historia de España desde los tiempos primitivos hasta la mayoría de la Reina Isabel II redactada y anotada con arreglo a la que escribió en inglés el doctor Dunham*, Tomo III, Sociedad Literaria y Tipográfica, Madrid, 1844.

BARRIO GALLARDO, Aurelio, “Derecho expectante de viudedad e incumplimiento en materia de contratación inmobiliaria” en *Revista de Derecho civil aragonés*. XIV, Zaragoza, 2008, pág. 87 y ss.

BARROS, Carlos, *Rito y violación: el derecho de pernada en la Edad Media*, Actas de las Primeras Jornadas de Historia de las Mujeres, 28 y 29 de agosto de 1991, Universidad de Luján, Argentina.

BERNARD MAINAR, Rafael, “Naturaleza y fundamento de la Junta de Parientes en el Derecho Civil aragonés” en *Revista de Derecho civil aragonés*, Año II, Núm. 2, Zaragoza, 1996, Copia digital 2002 en Biblioteca virtual de Derecho aragonés. Págs. 49-60.

BETANCOURT, Fernando, *Derecho Romano Clásico*, 3ª Edición, Universidad de Sevilla, 2007.

BONASSIE, Pierre, *Cataluña mil años atrás. (Siglos X y XI)*, Edicions 62, Barcelona, 1988.

DE HINOJOSA Y NAVEROS, Enrique, *El régimen señorial y la cuestión agraria en Cataluña durante la Edad Media*, Suárez, Madrid, 1905.

-*Sobre la condición de la mujer casada en la esfera del Derecho civil*, Obras II, Ministerio de Justicia y Consejo Superior de Investigaciones científicas, Madrid, 1905.

DE LARDIZÁBAL Y URIBE, Manuel, *Discurso sobre la legislación de los visigodos y formación del libro o Fuero de los jueces y su versión en latín y castellano cotejado con códigos antiguos de la RAE*, I. Ibarra, Madrid, 1815.

DELGADO ECHEVARRÍA, Jesús, “Los Fueros de Aragón”, *Colección de Mariano de Pano y Ruata*, 13, Caja de Ahorros de la Inmaculada de Aragón, Biblioteca virtual de Derecho civil aragonés, Zaragoza, 1997.

D’ORS, Álvaro, *El Código de Eurico*, Estudios visigóticos II, Palingenesia, Madrid-Roma, 1960.

ESCUADERO, José Antonio, *Curso de Historia del Derecho*, Tercera edición, UNED, Madrid, 2003.

FREEDMAN, Paul, *Els orígens de la servitud pagesa a la Catalunya Medieval*, Eumo, Vic, 1993.

GACTO FERNÁNDEZ, Enrique, *La condición jurídica del cónyuge viudo en el Derecho visigodo y en los Fueros de León y Castilla*, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1975.

-*La filiación no legítima en el Derecho Histórico español*, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1969.

GALÁN, Mercedes, “Estudios jurídicos sobre el papel de la mujer en la Baja Edad Media”, en *Anuario filosófico* 1993, Servicio de Publicaciones Universidad de Navarra, Navarra, 2008.

GARCÍA GALLO, Alfonso, “El derecho de sucesión del trono en la Corona de Aragón”, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, N° 36, Madrid, 1966.

GARCÍA ULECIA, Alberto, *El régimen económico del matrimonio en los derechos locales leoneses*, Índice nº9, Universidad de Sevilla, 1982.

GONZÁLEZ GÓMEZ, Antonio, *Ordenanzas municipales de Lepe*, Instituto de Estudios Onubenses Padre Marchena, Huelva, 1982.

-*Ordenanzas de Palos de la Frontera. Historia. Instituciones. Documentos*, Instituto de Estudios Onubenses Padre Marchena, Huelva, 1976.

-*Ordenanzas de Córdoba. Historia Instituciones y documentos*, Instituto de Estudios Onubenses Padre Marchena, Huelva, 1975.

HAEBLER, Konrad, “Los Fueros de Sobrarbe”, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, Tomo XIII, Madrid, 1936-1941.

IRADIEL, Paulino, “Familia y función económica de la mujer en actividades no agrarias”, dentro de *La condición de la mujer en la Edad Media*, Coloquio hispano-francés, Madrid, 1986.

LACRUZ BERDEJO, José Luis, “El principio aragonés “*Standum est Chartae*”, en *Anuario de Derecho Civil*, Volumen 39, Número 3, La Rioja, 1986.

-*Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*, Diputación General de Aragón, Zaragoza, 1988.

LÓPEZ SÁNCHEZ, Pedro, *Elementos de Derecho Internacional Público*, I. Revista de legislación, Madrid, 1866.

LLUC Y BRAMÓN, Rosa, “Els remences de l’Almoina del Pa de la Seu de Girona (S. XIV i XV)”, *Studia històrica, Historia Medieval*. Nº 25, Universidad de Gerona, 2007.

MOLINA MOLINA, Ángel Luis, “La mujer y el matrimonio en la baja Edad Media Murciana”, en *Homenaje al Profesor Juan Torres Fontes*, Vol. II, Editum, Murcia, 1987.

MONSALVATGE I FOSAS, Francesc, *Els remence*, Palafrugell, Barcelona, 1908.

ORLANDIS, José, *La Iglesia en la España Visigótica y Medieval*, Eunsa, Pamplona, 1976.

OTERO VARELA, Alfonso, “El Código López Ferreiro del *Liber Iudiciorum*”, en *Anuario de Historia Derecho Español (AHDE)*, Tomo XXIX, Madrid, 1959.

PASTOR, Reina, “Sombras y luces en la historia de las mujeres medievales”, en *Tópicos y realidades en la Edad Media*, Vol. II, Real Academia de la Historia, Madrid, 2002.

PÉREZ PRENDES, José Manuel, “La mujer ante el Derecho Público Medieval Castellano-Leonés. Génesis de un criterio”, en *La condición de la mujer en la Edad Media*. Casa de Velázquez, Madrid, 1986.

-*Historia del Derecho Español II*, Publicaciones Universidad Complutense, Madrid, 2004.

PÉREZ MARTÍN, Antonio, “Estudios de Derecho Constitucional”, en *Homenaje al Profesor Rodrigo Fernández Carvajal*, Vol. II, Derecho de la mujer a suceder en el reino según Vicente Arias de Balboa, Murcia, 1997.

PONS I GURI, Josep María, “Relació jurídica de la remença i els mals usos a les terres gironines”, en *Revista de Girona*, 118, 1986.

PUJADES, Gerónimo, *Crónica Universal del Principado de Cataluña*, Primera parte, Tomo IV, I. De J. Torner, Barcelona, 1832.

SÁNCHEZ, Galo, *Libro de los Fueros de Castilla*, I. de A. Ortega, Barcelona, 1924.

-“Para la historia de la redacción del antiguo derecho territorial castellano”, en *Anuario de Historia del Derecho Español* (AHDE), Tomo VI, Barcelona, 1929.

SEGURA GRAIÑO, Cristina, “Situación jurídica y realidad social de casadas y viudas en el medievo hispano (Andalucía)”, en *La condición de la mujer en la Edad Media*, Coloquio hispano-francés, Casa de Velázquez, Madrid, 1986.

-“Aproximación a la legislación medieval sobre la mujer andaluza: el Fuero de Úbeda”, en *Mujeres medievales y su ámbito jurídico*. Jornadas de Investigación interdisciplinaria sobre la mujer. Seminario de Estudios de la mujer. Universidad Autónoma de Madrid. 1990.

-“Las mujeres y el poder en la España visigoda”, en *Homenaje al profesor Juan Torres Fontes*, Universidad de Murcia, Secretariado de publicaciones e intercambio científico, Murcia, 1987.

-“Participación de la mujer en la repoblación de Andalucía en SXIII a XV. Ejemplo de una metodología” en *Nuevas perspectivas sobre la mujer, I*, (Índice Histórico Español Nº 80-13 del Centro de Estudios Históricos Internacionales), Facultad de Geografía e Historia de la Universidad de Barcelona, 1982.

-*La mujer en la repoblación de Sevilla en SXIII*, Comunicación presentada en 1981 recogida en Actas de las II Jornadas de Metodología y Didáctica de la Historia, Universidad de Extremadura, 1984.

TO FIGUERAS, Lluís, “Drests de jutícia i masos: hipòtesis sobre els orígens de la pagesia de remença”. *Revista d’Historia Medieval*. Nº 6. (Ejemplar dedicado a: La Mediterrània i la idea d’Europa: Espais, cultures, intercanvis i èlits en el trànsit de l’edat mitjana a la moderna), Girona, 1995.

UYÁ, Jaime, *Fuero Juzgo o Libro de los Jueces*, Zeus, Barcelona, 1968.

VICENS VIVES, Jaime, *Historia de la Remensas (en el S.XV)*, Vicens Vives, Barcelona, 1978.

CAPÍTULO III

Legislación analizada

LAS SIETE PARTIDAS DE ALFONSO X EL SABIO. Cotejado con varios códices antiguos, Real Academia de la Historia, I. Real, Madrid, 1807.

Tomo I (Partida primera), Tomo II (Partidas segunda y tercera), Tomo III (Partidas cuarta, quinta, sexta y séptima).

La documentación manejada para este estudio es la edición digital realizada por una reproducción fotográfica facsimilar del original perteneciente al fondo bibliográfico de la Biblioteca de la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla.

Autores

ABAD ASENSIO, José Manuel, “Obras en el Alcázar y el los Aljibes de Teruel en la segunda mitad del SXIV”, en *Aragón en la Edad Media*, Nº 18, Zaragoza, 2004.

BALLESTER PONS, Pedro, “Las Instituciones forales de Menorca”, en *Boletín de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Volumen 107, Mahón, 1899.

-“La sucesión abintestato en Baleares”, *Revista de Menorca*, 5ª época, Tomo XIV, Mahón, 1919.

BERNÁRDEZ CANTÓN, Alberto, *Compendio de Derecho matrimonial canónico*, 9ª Edición, Tecnos, Sevilla, 1998.

BIONDI, Biondo, *Sucesión testamentaria y donación*, Traducido por M. Fairén, 2ª Edición, Bosch, Barcelona, 1960.

BÖCKLE. Franz, *L’Ateismo contemporáneo. Il cristianesimo de fronte all’ateismo*, Vol IV, Cap. VI, Teología de la sexualidad y del matrimonio, Societa Editrice Internazionale, Turín, 1970. Traducido al castellano por Daniel Romero. *El ateísmo contemporáneo*, Ed. Cristiandad, Madrid, 1973.

BORRELL Y SOLER, Antoni, *Dret Civil vigent a Catalunya*, I. de la Casa de la Caritat, Barcelona, 1923.

BOUTRUCHE, Robert, *Señorío y feudalismo: el apogeo (S. XI-XII)*, Tercera edición en español, Siglo XXI Editores, México, 2004.

CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho Civil español Común y Foral*, Tomo II, Vol. I, 2ª Edición, Reus, Madrid, 1987.

-*Derecho Civil Español, común y foral*, Tomo V, Vol. 1º, 12ª Edición, Reus, Madrid, 1994.

CASTÁN VÁZQUEZ, José María, *La patria potestad*, Editorial de Derecho Privado, Madrid, 1960.

CASTRO SÁENZ, Alfonso, “Consentimiento y consorcio en el matrimonio romano y en el canónico: un estudio comparativo”, en *Revista de estudios histórico-jurídicos*, N° 23, Universidad Pontificia de Valparaíso, Chile, 2001.

CERDÁ GIMENO, José, *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, Tomo XXXI, 1ª Edición, Edersa, Madrid, 1981.

COMES José, *Tratado Teórico-práctico del arte de Notaría*, Volumen I, I. J. Mayol, Barcelona, 1828.

CORRAL TALCIANI, Hernán, “La familia en los 150 años del Código Civil chileno,” en *Revista chilena de Derecho*, Vol. 32, N° 3, Chile, 1999.

DAMETO Y COTONER, Juan, *Historia general del Reyno baleárico*, Segunda edición corregida por MORAGUES, Miguel y BOVER, Joaquín María, I. Juan Guasp y Pascual, Palma, 1840.

DE AQUINO, Tomás, *Suma teológica*, Parte 1ª, cuestión 92, Argentina, 2009. Hfg.com.ar.

DE UNAMUNO, Miguel, *En torno al casticismo*, (1895), Cátedra, Madrid, 2005.

D’ORS, Álvaro, *Derecho Privado Romano*, 7ª Edición, Eunsa, Pamplona, 1989.

ESCRIVÁ DE BALAGUER, José María, *La abadesa de las Huelgas*, Rialp, Madrid, 1944.

ESCUADERO, José Antonio, *Curso de Historia del Derecho. Fuentes e Instituciones político- administrativas*, UNED, Madrid, 2003.

FERNÁNDEZ BARREIRO, Alejandrino y PARICIO, Javier, *Historia del Derecho romano y su recepción europea*, 9ª Edición, Dykinson, Madrid, 2010.

FERRER VANRELL, Mª Pilar, *Los efectos patrimoniales del matrimonio en el Derecho Civil de Baleares*, Universidad Islas Baleares, Palma de Mallorca, 2002.

-*Lecciones de Derecho civil balear*, 2º Edición, Universidad Islas Baleares, Palma de Mallorca, 2003.

FUENTE PÉREZ, Mª Jesús, *Reinas medievales: en los reinos hispánicos*, 2ª Edición, La esfera de los libros, Madrid, 2003.

-“¿Reina la reina? Mujeres en la cúspide del poder de los reinos hispánicos en la Edad Media. (S. VI a XIII)”, en *Espacio, tiempo y forma. Serie III. Historia Medieval*, Tomo, 16, UNED, Madrid, 2003.

FRATICELLI TORRES, Migdalia, *La incidencia del régimen de gananciales en el contrato de seguro de vida*, Dykinson, Madrid, 2005.

GALÁN, Mercedes, “Estudios jurídicos sobre el papel de la mujer en la Baja Edad Media”, en *Anuario filosófico 1993*, Nº 26, Servicio de publicaciones Universidad de Navarra, Pamplona.

GARCÍA GALLO, Alfonso, “Nuevas observaciones sobre la obra legislativa de Alfonso X”, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, Nº 46, Madrid, 1976.

GARCIA GARRIDO, Manuel, “*Ius uxorum*: el régimen patrimonial de la mujer casada en el Derecho romano”, en *Cuadernos del Instituto jurídico Español*, nº 9, I. Rivadeneyra, Roma-Madrid, 1958.

-*Diccionario de jurisprudencia romana*, Tercera edición, Dykinson, Madrid, 1988.

-*Derecho privado romano*, 6ª Edición, Dykinson, Madrid, 1995.

GARCÍA HERRERO, María del Carmen, “*Recuperación y difusión del patrimonio multicultural del Reino de Aragón: Corpus documental de actividades laborales femeninas (ss. XIV-XV)*”, en Proyecto de I+D del MEC HUM 2005-04174/HIST. Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 2005.

GENÍS MAR, Daniel, “Historia de Cataluña compuesta por Bernardo Desclot: noticia d’una traducció castellana de la crònica de Bernard Desclot de l’any 1616”, en *Revista anual de la sociedad catalana de Llengua i Literatura*, Nº 17, Barcelona, 2006.

LADERO QUESADA, Miguel Ángel y GALÁN PARRA, Isabel, “Las ordenanzas locales en la Corona de Castilla como fuente histórica y tema de investigación (S.XII al XVIII)”, en *Anales de la Universidad de Alicante, Historia Medieval I*, Alicante, 1980.

LALINDE ABADÍA, Jesús, *Iniciación histórica al Derecho español*, 3ª Edición, Ariel, Barcelona, 1983.

LANGLE RUBIO, Emilio, *El usufructo viudal ante la ley española*, Hijos de Reus, Madrid, 1908.

MAYNZ, Carlos, *Curso del Derecho Romano*, Traducción de Antonio Pou y Ordinas, Jaime Molinas, Barcelona, 1888.

MARTÍNEZ CAÑELLAS, Anselmo, “Sobre el derecho consuetudinario balear como fuente y como tradición jurídica”, en *Boletín de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Islas Baleares*, Palma de Mallorca, 2010.

MASCARÓ ALBERTÍ, Matías, *Derecho Foral de Mallorca*, 3ª edición, Tip. De José Tous, Palma, 1904.

MASOT MIQUEL, Miguel, *El Derecho civil de Mallorca después de la Compilación*, Embat, Palma de Mallorca, 1979.

MONSERRAT QUINTANA, Antonio, *Lecciones de Derecho civil balear*, Lección 10, Universidad de las Islas Baleares, Palma, 2003.

-“Negocios de disposición patrimonial por razón o con ocasión del matrimonio”, Discurso de ingreso a la Academia de Jurisprudencia y legislación de Baleares pronunciado el 23 de noviembre de 2006, en *Boletín de la Academia de Jurisprudencia y legislación de Baleares*, VIII, Mallorca, 2006.

MUÑOZ GARCÍA, M^a José, *Limitaciones a la capacidad de obrar de la mujer casada entre 1505 y 1975*, Universidad de Extremadura, Badajoz, 1991.

MUÑOZ RUANO, Juan, *Los castiellos et las fortalezas en el ordenamiento jurídico de las Partidas*, Comunicación presentada en el Congreso Internacional sobre Alfonso X el Sabio: vida, obra y época, con motivo del VII centenario de su muerte (1284-1984), 29 de marzo a 6 de abril de 1984.

OLIVER Y ESTELLER, Bienvenido, *Historia del Derecho en Cataluña, Mallorca y Valencia*, I. de M. Ginesta, Madrid, 1881.

PASCUAL Y GONZÁLEZ, Luis, *Derecho civil de Mallorca. Herencias y otras especialidades forales*, Ediciones Embat, Mallorca, 1979.

PÉREZ PRENDES, José Manuel, “La mujer ante el Derecho Público Medieval Castellano Leonés. Génesis de un criterio”, en *La Condición de la mujer en la Edad Media. Coloquio hispano francés*, Casa de Velázquez, Madrid, 1986.

PLANAS ROSELLÓ, Antonio, En *Recopilación de Franqueses i Dret municipal del Regne de Mallorca de 1622*, Colegio de Abogados de Baleares, Palma, 1996.

PONS, Félix, *Derecho Civil de Mallorca*, Nueva Enciclopedia Jurídica, Barcelona, 1950.

RIPOLL Y PALOU, Pedro, *Memoria sobre las Instituciones del Derecho Civil de las Baleares*, I. Casa de Misericordia, Palma, 1885.

RODRÍGUEZ DíEZ, José, “Indisolubilidad y divorcio en la historia del matrimonio cristiano y canónico ¿Indisolubilidad extrínseca relativa de futuro?”, en *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, XXXIX, Universidad de La Rioja, 2006.

RODRÍGUEZ GIL, Magdalena, en “Posibilidades de actuación jurídico-privada de la mujer soltera medieval”, en *La condición de la mujer en la Edad Media*, Casa de Velázquez, Madrid, 1986.

SALVÁ Y RIERA, Jaime, *Derecho de familia en Mallorca: un estudio histórico-bibliográfico de la legislación mallorquina*, Tipografía de Felipe Guasp, Palma de Mallorca, 1918.

SAMPER, Francisco, *Derecho romano*, Universidad Internacional Sek. Santiago, N° 152, Chile, 1991.

SEGURA GRAIÑO, Cristina, “Las mujeres y la sucesión a la Corona en Castilla en la Baja Edad Media”, en *La España Medieval*, N°12, Universidad Complutense, Madrid, 1989.

SERRANO GARCÍA, José Antonio, *Panorámica del Derecho Civil aragonés*, Colegio de Abogados de Zaragoza, Biblioteca virtual de Derecho Aragonés, Zaragoza, 1991.

SUREDA, Enrique, “Existencia y fuentes de la legislación foral de Mallorca”, en *Revista de Derecho privado*, Tomo I, N°2, Publicado 15 de noviembre de 1913, Mallorca, 1913.

CAPÍTULO IV

Legislación analizada

LEYES DE TORO, recogidas y comentadas por los siguientes autores

ÁLVAREZ DE POSADILLA, Juan, *Comentarios a las leyes de Toro según su espíritu y el de la legislación de España en que se tratan las cuestiones prácticas, arreglando sus decisiones á las leyes y resoluciones más modernas que en el día rigen*, I. Viuda de Ibarra, Madrid, 1804.

DE LLAMAS Y MOLINA, Sancho, *Comentario crítico jurídico literal a las ochenta y tres Leyes de Toro*, Tomos I (Comenta hasta la Ley XXXV) y Tomo II (Comenta de la Ley XXXVI en adelante), I. Gaspar y Roig, Madrid, 1827.

GÓMEZ, Antonio, (Escrito por NOLASCO DE LLANO), *Compendio de los comentarios extendido por el Maestro Antonio Gómez a las ochenta y tres leyes de Toro*, I. Joseph Doblado, Madrid, 1785.

PACHECO, Joaquín Francisco, *Comentario histórico, jurídico-crítico a las Leyes de Toro. T.I. Real Pragmática con que fueron publicadas las Leyes de Toro*, I. Manuel Tello, Madrid, 1862.

Autores

CLARAMUNT RODRÍGUEZ, Salvador, “La mujer en el Fuero de Cuenca”, en *La España Medieval*, Vol. II, Universidad Complutense, Madrid, 1982.

DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *Derecho civil de España*, Tomo I, Parte General, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1955.

-*Compendio de Derecho civil*, Tomo II, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1957.

DEL VISO, Salvador, *Lecciones elementales de historia y de derecho civil, mercantil y penal de España*, Parte segunda, Tratado Primero, I. Sebastián de Lope, Valencia, 1859.

EDWARD, John y LINCH, John, *Historia de España. Edad moderna: el auge del imperio, 1474-1598*, Volumen 4, Crítica, Barcelona, 2005.

EMBID IRUJO, Antonio, *Ordenanzas y Reglamentos Municipales en el derecho español*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1978.

FAURÉ Christine, *Enciclopedia histórica y política de las mujeres: Europa y América del Norte*, (Título original: *Encyclopédie Politique et Historique des femmes. Europe. Amérique du Nord*. Francia .1997), Akal, Madrid, 2010.

FERNÁNDEZ ÁLVAREZ, Manuel, “Isabel, la mujer que reinó”, en *Isabel la Católica vista desde la Academia*, Real Academia de la Historia, Madrid, 2005.

GALÁN, Mercedes, “Estudios jurídicos sobre el papel de la mujer en la Baja Edad Media”, en *Anuario filosófico*. 1993, N° 26, Servicio de publicaciones Universidad de Navarra, Pamplona.

GARCÍA GALLO, Alfonso y PÉREZ DE LA CANAL, Miguel Ángel, Prólogo al *Libro de las Bulas y Pragmáticas de los Reyes Católicos*, Vol. I, Instituto de España, Madrid, 1973.

GARCÍA GOYENA, Florencio, *Concordancias motivos y cometarios del Código Civil español*, Tomo I, Cap. IV, I. Sociedad Tipográfico-Editorial, Madrid, 1832.

IRADIEL, Paulino, “Familia y función económica de la mujer en actividades no agrarias”, en *La condición de la mujer en la Edad Media*. Coloquio Hispano-Francés, Casa de Velázquez, Madrid, 1986.

LÓPEZ PÉREZ, Jerónimo, *La Patria potestad: voluntad del titular*, Universidad de Valladolid, Valladolid, 1982.

MELCHOR DE JOVELLANOS, Gaspar, *Informe sobre la Ley Agraria*, Edición digital basada en la de Madrid, I. de I. Sancha, 1820. Biblioteca virtual Miguel de Cervantes.

MUÑOZ GARCÍA, M^a José, *Limitaciones a la capacidad de obrar de la mujer casada en el Derecho histórico español. Especial referencia a las Leyes 54 a 61 del Ordenamiento de Toro y a su proyección*, Universidad de Extremadura, Badajoz, 1989.

NEUKIRCHEN, Petra, “Historia de la mujer e historia del matrimonio”, en *Seminario familia y élite de poder en el reino de Murcia. S. XV-XIX*, Ponencia Congreso Internacional Historia de la familia. Nuevas perspectivas sobre la sociedad europea, Murcia, 14,15 y 16 de diciembre de 1994.

PASTOR, Reina, “Sombras y luces en la historia de las mujeres medievales”, en *Tópicos y realidades de la Edad Media*, Tomo II, Real Academia de la Historia, Madrid, 2000.

PÉREZ FERNÁNDEZ-TURÉGANO, Carlos, *Isabel la católica y la ordenación jurídica de las leyes de Castilla*, Isabel la Católica, Homenaje en el V centenario de su muerte, Dykinson, Madrid, 2005.

PÉREZ MARTÍN, Antonio, “Legislación del Antiguo Régimen (1474-1808)”, Primera parte de la obra *Legislación y Jurisprudencia en la España del Antiguo Régimen*, Universidad de Valencia, 1978.

PÉREZ DE TUDELA Y VELASCO, María Isabel, “Acerca de la condición de la mujer castellano-leonesa durante la Baja Edad Media”, en *La España Medieval*, Estudios dedicados al Profesor D. Ángel Ferrari Núñez, Nº 5, Universidad La Rioja, 1984. Dialnet.

PÉREZ FERNÁNDEZ-TURÉGANO, Carlos, “Isabel la católica y la ordenación jurídica de las leyes de Castilla”, en *Isabel la Católica. Homenaje en el V centenario de su muerte*, Dykinson, Madrid, 2005.

PÉREZ DE TUDELA Y VELASCO, María Isabel, “Acerca de la condición de la mujer castellano-leonesa durante la Baja Edad Media”, en *La España Medieval. Estudios dedicados al Profesor D. Ángel Ferrari Núñez*, Nº 4, Madrid, 1984.

RAGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe, “Evolución histórica de los derechos de la mujer”, en *Anuario de la Facultad de Derecho de La Rioja*, Nº 12 y 13, 1994-1995, La Rioja, 1995.

RODRÍGUEZ GIL, Magdalena, “Las posibilidades de actuación jurídico-privadas de la mujer soltera medieval”, en *La condición de la mujer en la Edad Media*, Coloquio Hispano Francés, Madrid, 1986.

SÁINZ-LÓPEZ NEGRETE, Manuel, “El nuevo régimen matrimonial francés”, en *Revista crítica de Derecho Inmobiliario*, Núm. 455, Julio-Agosto 1966, Vlex.

SEGURA GRAIÑO, Cristina, “Aproximación a la legislación medieval sobre la mujer andaluza: el Fuero de Úbeda”, en *Mujeres medievales y su ámbito jurídico*, Jornadas de Investigación interdisciplinaria sobre la mujer, Seminario de Estudios de la mujer, Universidad Autónoma de Madrid, 1990.

UBIETO ARTETA, Agustín, *Los esponsales de la reina Petronila y la creación de la Corona de Aragón*, Diputación General de Aragón, Departamento de Cultura y Educación, Zaragoza, 1987.

CAPÍTULO V

Legislación analizada

NOVÍSIMA RECOPIACIÓN DE LAS LEYES DE ESPAÑA. Dividida en XII libros, en que se reforma la Recopilación publicada por el señor d. Felipe II en el año 1567, reimpressa últimamente en el año 1775: y se incorporan las pragmáticas, cédulas, decretos, órdenes y resoluciones Reales, y otras providencias no recopiladas y expedidas hasta el de 1804. Mandada formar por el señor D. Carlos IV. Reproducción fotográfica facsimilar del original perteneciente al fondo bibliográfico de la Biblioteca de la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla, Madrid, 1805.

FUERO REAL DE ESPAÑA, diligentemente hecho por el noble Rey Don Alonso IX, glosado por Alonso Díaz de Montalvo, Tomo II, Real Compañía de Impresores y Libreros del Reyno, Madrid, 1781.

PRAGMÁTICA SANCIÓN del Rey Carlos III, *a consulta del Consejo en que S.M establece lo conveniente para que los hijos de familias, con arreglo a las leyes del reyno, pidan el consejo y consentimiento paterno antes de celebrar esponsales, haciendo lo mismo en defecto de padre á las madres, abuelos ó deudos mas cercanos, y á falta de ellos hábiles á los tutores y curadores, baxo de las declaraciones y penas que expresa*, Imprenta de Don Antonio Sanz, Madrid, 1776.

Autores

BENNASSAR, M. B. y JAQUART, J, *Historia Moderna*, 5ª Edición, Traducción: Fonseca, Dolores, Akal, Madrid, 2005.

CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho Civil español común y Foral*, 2ª edición, Tomo II, Reus, Madrid, 1987.

CONCILIO DE TRENTO. *Decreto de reforma sobre el matrimonio*. CAP. I. Biblioteca electrónica cristiana BEC. Multimedios. Org.

CONTRERAS, Francisco, “Individuo, Derecho, Occidente”, en *Annadeus: Anales de la tradición romanística*, Revista Annaeus, nº2, Tébar, S.L. Madrid, 2007.

DE QUIROGA, Soledad, *La rebelión de los hijos de la nobleza mallorquina*, Dialnet.unirioja.es.

ESCUADERO, José Antonio, *Curso de Historia del Derecho*, UNED, Madrid, 2003.

FERRER VANREL, Mª Pilar, *Efectos patrimoniales del matrimonio en el Derecho Civil de Baleares*, Universidad Islas Baleares, Palma, 2002.

GACTO FERNÁNDEZ, E, *La condición jurídica del cónyuge viudo*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1975.

GAY ESCODA, Josep María, *El Corregidor a Catalunya*, Marcial Pons, Madrid, 1997.

GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, B. *Códigos o estudios Fundamentales sobre Derecho civil español*, Tomo II, Librería de Sánchez, Madrid, 1863.

LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Elementos de Derecho Civil*, Parte general, Vol. I, 3ª Edición, Dykinson, Madrid, 2002.

MUNAR BERNAT, Pedro y FERRER VANRELL, Mª Pilar, “Compilació del Dret Civil de les Illes Balears i legislació sobre parelles estables” en *Legislació Civil Balear*, Universitat de ses Illes Balears, 2ª Edició, Palma, 2005.

PANDO FERNÁNDEZ DE PINEDO, Manuel. *Juicio imparcial de la cuestión de sucesión a la Corona de España suscitada por la Inglaterra y la Francia con motivo del casamiento de la serenísima señora Infanta de España Doña María Luisa Fernanda con el serenísimo señor Duque de Montpensier por el Marqués de Miraflores*, Imprenta de la Viuda de Calero, Madrid, 1847.

PIÑA HOMS, Román. *Fundamentos jurídicos de Europa*. Edicions Cort. Palma. 2001.

-*El derecho histórico del Reino de Mallorca*, Edicions Cort, Palma, 1993.

-“Las instituciones del Reino de Mallorca a raíz del Decreto de Nueva Planta: necesidades de investigación”, en *II Jornades d'estudis històrics locals*, Instituto de Estudios Baleáricos, Palma de Mallorca, 1983.

RAMS ALBESA, Joaquín y MORENO MARTÍNEZ, Juan Antonio, *El régimen económico del matrimonio*, (Comentarios al Código Civil: Especial consideración de la doctrina jurisprudencial), Dykinson, Madrid, 2011.

VERÍSSIMO SERRAO, Joaquim y BULLÓN DE MENDOZA, Alfonso, “Contrarrevolución legitimista (1688-1876)”, en *Cursos de verano de El Escorial 93-94*, Edit. Complutense, Madrid, 1995.

Este libro aporta los resultados de una investigación filosófico-jurídica, acerca de las causas y consecuencias de la desigualdad entre la mujer y el hombre. El estudio comienza en la Península ibérica prerromana, hasta la codificación, analizando el contexto histórico, los movimientos filosóficos, la legislación y la interpretación de los autores de la época, recogiendo una lenta e imparable evolución hacia la igualdad. La autora selecciona los textos jurídicos más importantes en la historia de nuestro Derecho, entre los que destaca las Partidas de Alfonso X el Sabio.

Las relaciones humanas, los movimientos sociales, culturales, religiosos y filosóficos, han conformado una concepción jurídica de la mujer y la familia, común en el Derecho europeo que, dada la capacidad didáctica o educadora de las normas jurídicas, ha mantenido un criterio discriminatorio hacia la mujer a lo largo de los siglos. El libro se centra en la situación jurídica de la mujer casada española, porque es el matrimonio la institución que se ha utilizado históricamente, como instrumento jurídico para limitar la capacidad de la mujer.

Liliana Mijancos Gurruchaga es doctora en Derecho por Universidad de las Islas Baleares y licenciada en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid, Experta Universitaria en Función Jurisdiccional Civil (UNED), Máster en Educación por el Instituto Europeo de Estudios de la Educación (IEEE), Máster en gerencia de empresas para las Comunidades Europeas por Investigación y desarrollo de sistemas sociotécnicos (INDESS), Formadora en Alta Dirección por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (MTSS). Actualmente es Presidenta de la Asociación por la Igualdad de la Mujer y contra toda Discriminación desde 2011 (AMIDIS) y profesora de Derecho civil y Teoría del Derecho en la Universidad de las Islas Baleares, desde 2007. Recientemente, la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Islas Baleares le ha concedido el Premio Luís Pascual González en su XIII edición (2016), por su trabajo titulado “La situación jurídica de la mujer casada en el Derecho histórico balear”.

ISBN: 978-84-89315-92-1

Edición electrónica disponible en internet:

http://portal.uc3m.es/portal/page/portal/inst_estudios_genero

Edita: **Instituto de Estudios de Género, Universidad Carlos III de Madrid.**



Universidad
Carlos III de Madrid

Vicerrectorado de Política Científica
Instituto de Estudios de Género